

DIE PROZESSUALE BEHANDLUNG
DER VERMÖGENSRECHTLICHEN NEBENFOLGEN
DER EHESCHIEDUNG
NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von
HANS MURBACH
von Gächlingen SH.

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Verlag P. G. Keller Winterthur 1954

DIE PROZESSUALE BEHANDLUNG
DER VERMÖGENSRECHTLICHEN NEBENFOLGEN
DER EHESCHIEDUNG
NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von

HANS MURBACH

von Gächlingen SH

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Verlag P. G. Keller Winterthur 1954

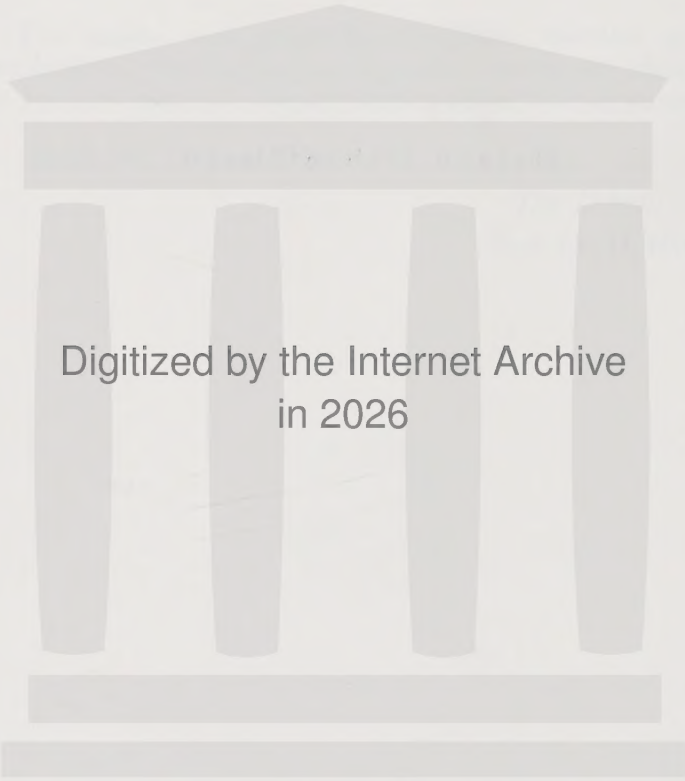
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Juni 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

VORWORT

Das Ziel vorliegender Arbeit ist eine Darstellung der prozessualen Grundsätze, die bei der Behandlung derjenigen rechtlichen Folgen der Ehescheidung von Bedeutung sind, die unter den Begriffen Entschädigung, Genugtuung, Unterhalt und Beitragspflicht an den Unterhalt der Kinder im Schweizerischen Zivilgesetzbuch Eingang gefunden haben.

Es soll vorerst dargestellt werden, was positivrechtlich schon von Bundesrechts wegen für den Scheidungsprozess vorgeschrieben ist und wieweit diese Normen auch für die prozessuale Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen zur Anwendung gelangen. Anschliessend wird gezeigt, welche weiteren Verfahrensgrundsätze sich aus dem materiellen Scheidungsrecht und den kantonalen Prozessgesetzen für die ökonomischen Scheidungsfolgen ergeben. In einem letzten Kapitel ist die prozessrechtliche Seite der Abänderung eines Scheidungsurteils bezüglich der Unterhaltsrente und der Elternrechte einer nähern Betrachtung unterworfen worden.

Gerne benützte ich an dieser Stelle die Gelegenheit, um meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. M. Guldener, für sein wohlwollendes Interesse zu danken, mit dem er die vorliegende Arbeit stets bedacht hat.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	5
Abkürzungen	11
Quellennachweis	12

I. Kapitel: Die bundesrechtlichen Grundsätze des Scheidungsverfahrens im ZGB und ihre Anwendbarkeit auf die Behandlung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen

§ 1. Die Verfassungsrechtlichkeit der zivilprozessualen bundesrechtlichen Scheidungsvorschriften	17
§ 2. Die Bestimmungen des Art. 158 ZGB	19
I. Allgemeines	19
II. Die Feststellung des Tatbestandes (Ziff. 1)	19
III. Der Ausschluss des Eides als Beweismittel (Ziff. 2) ..	21
IV. Die Unverbindlichkeit von Parteierklärungen (Ziff. 3) ..	22
V. Die freie richterliche Beweiswürdigung (Ziff. 4)	23
VI. Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung (Ziff. 5)	23
§ 3. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Art. 158 ZGB auf die Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung	24
I. Die Offizialmaxime	24
A. Allgemeines	24
B. Die vermögensrechtlichen Ansprüche nach Art. 151, 152 und die güterrechtliche Auseinandersetzung nach Art. 154 ZGB	24
C. Die Beitragspflicht an den Unterhalt der Kinder nach Art. 156 Abs. 2 ZGB	27
II. Der Eid als Beweismittel	27
III. Die Unverbindlichkeit von Parteierklärungen	28
IV. Die freie richterliche Beweiswürdigung	29

V. Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung	29
A. Die prinzipielle Zulässigkeit	29
B. Die richterliche Genehmigung	30
1. Die Genehmigung als Konstitutivverfordernis	30
2. Die richterliche Prüfungspflicht	31
3. Die Aufnahme der richterlichen Genehmigung ins Scheidungsurteil	33
C. Die Anfechtung von Parteivereinbarungen	34
D. Parteivereinbarungen nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils	37
§ 4. Die Gerichtsstandsvorschrift des Art. 144 ZGB und ihre Bedeutung für die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen	39

II. Kapitel: Weitere aus dem materiellen Scheidungsrecht oder den kantonalen Prozessrechten sich ergebende Verfahrensgrundsätze für die Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung

§ 5. Die Prozessfähigkeit im Scheidungsprozess	41
I. Die Prozessfähigkeit handlungsfähiger Personen	41
II. Die Prozessfähigkeit beschränkt handlungsunfähiger Personen	42
III. Die Prozessfähigkeit handlungsunfähiger Personen	43
§ 6. Das freie Dispositionsrecht der Parteien über die vermögensrechtlichen Ansprüche	44
§ 7. Die prozessuale Geltendmachung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen	45
I. Die Zulässigkeit selbständig vorgebrachter Nebenbegehren	46
II. Die Zulässigkeit des Anbringens von Nebenbegehren in Verbindung mit einer Scheidungswiderklage	47
III. Die Zulässigkeit von in zweiter Instanz gestellten Nebenbegehren	48

§ 8. Die Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen im Scheidungsverfahren	49
I. Überblick über die Regelung nach dem BGZuE	49
II. Die Regelung im geltenden Recht	50
A. Die grundsätzliche Unzulässigkeit eines separaten Verfahrens	50
B. Die Zulässigkeit der Verweisung der güterrecht- lichen Auseinandersetzung ad separatum	52
§ 9. Das Nach- oder Ergänzungsverfahren	53
I. Die Zulässigkeit eines Nachverfahrens	53
A. Die Unterhaltsansprüche der Kinder	53
B. Die güterrechtliche Auseinandersetzung	54
C. Die Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unter- haltsansprüche des schuldlosen Ehegatten	55
D. Die nachträgliche Genehmigung von Partei- vereinbarungen	56
II. Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters	57
III. Die Ergänzung ausländischer Scheidungsurteile	57
§ 10. Die Rechtsmittel	59
I. Die kantonalrechtliche Berufung	60
II. Die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision	61
III. Die Berufung ans Bundesgericht	62
IV. Der Verzicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln ..	63

III. Kapitel: Verfahrensgrundsätze bei der Abänderung eines Ehe- scheidungsurteils nach Art. 153 Abs. 2 und Art. 157 ZGB

§ 11. Die Zulässigkeit eines Abänderungsverfahrens bei Ver- änderung der tatsächlichen Verhältnisse	65
I. Die provisorische Rechtskraft des Scheidungsurteils bezüglich der Unterhaltsrente und der Elternrechte	65
II. Die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse	66

§ 12. Die formellen Voraussetzungen für ein Abänderungsverfahren	66
§ 13. Der Gerichtsstand für die Abänderungsklage	68
§ 14. Der äussere Gang des Abänderungsverfahrens	71
§ 15. Die Rechtsmittel	72

ABKÜRZUNGEN

- A. (Auflage).
a. A. (anderer Auffassung).
a. a. O. (am angeführten Ort).
Abs. (Absatz).
Abt. (Abteilung).
a. M. (anderer Meinung).
Anm. (Anmerkung).
Art. (Artikel).
AS (Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft).
Bd. (Band).
BG (Bundesgesetz).
BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung).
BGZuE (Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe).
BlZR (Blätter für zürcherische Rechtsprechung).
BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft).
Diss. (Dissertation).
EG (Einführungsgesetz).
Erw. (Erwägung).
ff. (und folgende).
lit. (litera).
N (Note).
NF (Neue Folge).
Nr. (Nummer).
OG (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege).
OR (Schweizerisches Obligationenrecht).
Pra (Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts).
S. (Seite).
Semjud (La Semaine Judiciaire).
SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung).
Sten.Bull. (Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung).
u. E. (unseres Erachtens).
vgl. (vergleiche).
ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins).
ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch).
Ziff. (Ziffer).
ZPO (Zivilprozessordnung).
ZSR (Zeitschrift für schweizerisches Recht).

QUELENNACHWEIS

I. Gesetzesquellen

A. Eidgenössische Gesetzesquellen

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Christmonat 1874.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dez. 1943.
Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947.

B. Kantonale Gesetzesquellen

Zürich: Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913.
Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911.
Bern: Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918.
Luzern: Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung vom 28. Januar 1913.
Uri: Zivilprozessordnung vom 29. März 1928.
Schwyz: Gesetz über die Zivilprozessordnung im Kanton Schwyz vom 3. Dezember 1915.
Obwalden: Zivilprozessordnung vom 2. April 1901.
Nidwalden: Gesetz über das Zivilrechtsverfahren vom 9. April 1890.
Glarus: Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 4. Mai 1930.
Zug: Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940.
Freiburg: Code de procédure civile vom 12. Oktober 1849.
Loi d'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg vom 22. November 1911.
Solothurn: Zivilprozessordnung für den Kanton Solothurn vom 5. Juli 1891.
Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1911.
Basel-Stadt: Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875.
Basel-Landschaft: Gesetz betreffend die Gerichts- und Prozessordnung vom 20. Februar 1905.
Schaffhausen: Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951.
Appenzell A. Rh.: Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A. Rh. vom 26. April 1914.
Appenzell I. Rh.: Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 24. April 1949.
St. Gallen: Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 7. Februar 1939.
Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 16. Mai 1911.
Graubünden: Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni 1954.
Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 23. Mai 1911.

Aargau: Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau vom 12. März 1900.
 Thurgau: Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 19. Oktober 1926.
 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 25. April 1911.
 Tessin: Codice di procedura civile vom 24. Juni 1924.
 Waadt: Code de procédure civile vom 20. November 1911.
 Wallis: Code de procédure civile vom 22. November 1919.
 Neuenburg: Code de procédure civile vom 7. April 1925.
 Genf: Loi de procédure civile vom 13. Oktober 1920.

II. L I T E R A T U R

- Birchmeier, W.: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1945 ff.
 Blocher, E.: Über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung, ZSR NF 36 S. 250 ff.
 Böckli, O.: Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau mit Anmerkungen, Anhang und Sachregister, Frauenfeld 1930.
 Brandenberger, E.: Die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung mit Ausschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1933.
 Danegger, K.: Interpretation des Art. 157 ZGB, ZBJV 57 S. 297 ff.
 Egger, A.: Kommentar zum Familienrecht,
 1. Abt. Das Eherecht,
 2. A. Zürich 1936.
 Favey, J.: Code de procédure civile annoté, Lausanne 1931, 1937.
 Ganz, E.: Die Nebenfolgen der Ehescheidung im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1921.
 Gautschi, W.: Die Anerkennung von ausländischen Ehescheidungsurteilen, SJZ 26 S. 1 ff.
 Gisi, M.: Verhandlungs- und Offizialmaxime im Eheprozessrecht, ZSR NF 32, S. 419 ff.
 Gmür, M.: Kommentar zum Familienrecht,
 1. Abt. Das Eherecht,
 2. A. Bern 1923.
 Grendelmeyer, P.: Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung nach schweizerischem Recht, Diss. Leipzig 1932.
 Grüebler, A.: Der Ehescheidungsprozess im Berufungsverfahren, Diss. Zürich 1948.
 Guldener, M.: Das schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich, Bd. I 1947, Bd. II 1948.
 Hartmann, E.: Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Bern 1943.
 Hinderling, H.: Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1952.
 Huber, J.: Die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Ehescheidung, Diss. Bern 1936.

- Keller/Pfisterer: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, 3. A. Aargau 1947.
- Kehl, R.: Die Geltung der Novenfrist im Ehescheidungsprozesse nach der Praxis des Obergerichtes und des Kassationsgerichtes des Kt. Zürich, SJZ 46 S. 290 ff.
- Landolt, A.: Der Einfluss der Ehescheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1925.
- Leuch, G.: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 2. A. Bern 1937.
- Lutz, O.: Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, St. Gallen 1945.
- Menzel, R.: Der Verzicht auf Rechtsmittel des Zivilprozesses, Diss. Zürich 1951.
- Michel, D.: Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 157 ZGB, Diss. Zürich 1939.
- Perrot, R.: Loi de procédure civile genevoise annotée, Genève 1939.
- Pfleggart, A.: Offizial- und Untersuchungsmaxime im Zürcher Zivilprozess, SJZ 14 S. 217 ff.
- Picot, A.: La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse, ZSR NF 48 S. 1a ff.
- Pruppacher, F. E.: Über die Offizialmaxime im zürcherischen Eheprozess, Diss. Zürich 1922.
- Rossel et Menzha: Manuel du droit civil suisse, Bde. I-III, 2. A. Lausanne 1922.
- Schönenberger, W.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI (3 Teile):
Die kantonalen Erlasse zum Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, Zürich 1939—1941.
- Schönholzer, E.: Die Widerklage im Eheprozess, Diss. Zürich 1939.
- Schurter/Fritzsche: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bde. I-II, Zürich 1924—1933.
- Schwander, V.: Die Entschädigung wegen Eheauflösung nach Art. 151 Abs. 1 ZGB, Diss. Freiburg 1937.
- Seeger, H.: Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, ZSR NF 48 S. 105a ff.
- Stauffer, W.: Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz, Diss. Bern 1922.
- Aus der neuesten Praxis auf dem Gebiet des internationalen Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitsrechtes, SJZ 23 S. 161 ff.
- Prozessuales und Internationalprivatrechtliches zu Art. 157 ZGB, SJZ 20 S. 371 ff.
- Steiner, E.: Prozessuales zur Abänderung des Scheidungsurteils gemäss Art. 157 ZGB, SJZ 40 S. 81 ff.
- Sträuli/Hauser: Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, Bde. I-II, 2. A. Zürich 1935—1939.
- Sulzer, J.: Das erstinstanzliche Ehescheidungsverfahren in den schweizerischen Prozessrechten, Diss. Zürich 1947.
- Wäsch, R.: Die Abänderung von Ehescheidungsurteilen nach Art. 153 ZGB, Diss. Bern 1948.
- Willwoll, J.: Die Nebenfolgen der Ehescheidung nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1902.

- v. Wyss, K.: Zum Verfahren betreffend die Abänderung von Scheidungs- und Vaterschaftsurteilen SJZ 14 S. 68 ff.

III. Zeitschriften und Entscheidungen

Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich.

Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, Basel.

Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Köln/Berlin.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung,
Lausanne.

La Semaine Judiciaire, Genève.

Rechenschaftsberichte der kantonalen Obergerichte.

Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern.

Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel.

I. KAPITEL

DIE BUNDESRECHTLICHEN GRUNDSÄTZE DES SCHEIDUNGSVERFAHRENS IM ZGB UND IHRE ANWENDBARKEIT AUF DIE BEHANDLUNG DER VERMÖGENSRECHTLICHEN SCHEIDUNGSFOLGEN

§ 1. Die Verfassungsrechtlichkeit der zivilprozessualen bundesrechtlichen Scheidungsvorschriften

Nach Art. 64 Abs. 3 BV verbleibt die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung, wie bis anhin, den Kantonen.

Trotz dieser grundsätzlich den Kantonen zuerkannten Autonomie im Gebiete des Prozessrechtes hat der Gesetzgeber im ZGB einzelne für das Scheidungsrecht geltende zivilprozessuale Normen aufgestellt¹. Diese blieben denn auch bei der Gesetzesberatung nicht unbestritten². Die Verfassungswidrigkeit wurde aber mit dem Hinweis auf den im Gesetzestext des Art. 64 Abs. 3 BV enthaltenen Ausdruck „wie bis anhin“ abgelehnt³. Mit Recht wird geltend gemacht, dass bereits im Jahre 1898, bei der Aufnahme der betreffenden Verfassungsbestimmung, prozessuale bundesrechtliche Vorschriften bestanden hätten⁴, und der Ausdruck „wie bis anhin“ geradezu auf diese oftmals verwirklichte Möglichkeit bundesrechtlicher Eingriffe in die kantonalen Kompetenzen hinweise⁵. Besonders deutlich zeigt sich

¹ ZGB Art. 144, 158.

² vgl. den Antrag Rutty im Nationalrat, der die Streichung des Art. 165 des Entwurfes (jetzt Art. 158 ZGB) verlangte, weil er diesen für verfassungswidrig ansah. Sten. Bull. 15 S. 642.

³ vgl. Sten. Bull. 15 S. 637, 644, 647 für die Beratungen im Nationalrat und Sten. Bull. 15 S. 1080 für diejenigen im Ständerat.

⁴ vgl. dazu die bei Schurter u. Fritzsche, Bd. I S. 478 ff. angeführten Fälle.

⁵ Schurter und Fritzsche, Bd. I S. 421; so auch Guldener, Bd. I S. 54 Ziff. 2.

die Richtigkeit dieser Auffassung in den Ausführungen des deutschen Berichterstatters bei der Beratung der Verfassungsrevision im Nationalrat: „Wir nehmen nur noch zwei Wörtchen auf und sagen ‚Wie bis anhin‘. Und diese zwei Wörtchen sollen die Bedeutung haben, dass es der eidgenössischen Gesetzgebung unbenommen bleiben muss, da, wo sie notwendigerweise in die Gerichtsorganisation oder in das Verfahren der Kantone eingreifen muss, dies zu thun. Das war von jeher so und muss so sein, und es lässt sich eine eidgenössische Gesetzgebung gar nicht denken ohne die Befugnis, in prozessualen Beziehungen, wenn es notwendig ist, Bestimmungen aufzunehmen“⁶.

Ein Eingriff in die den Kantonen vorbehaltene Prozesshoheit lässt sich aber immer dann rechtfertigen, wenn die Verwirklichung des einheitlichen materiellen Rechtes durch unterschiedliche kantonale Prozessgesetze in Frage gestellt wird, denn die Aufstellung bundesrechtlicher materieller Vorschriften wäre ein recht nutzloses Unterfangen, hätte der Bundesgesetzgeber nicht die Möglichkeit, die zur Verwirklichung des vereinheitlichten Rechtes nötigen Bestimmungen zu erlassen. Der Bund hätte ja sonst gar keine Mittel, um seiner Gesetzgebung die volle materielle Wirksamkeit zu verleihen⁷.

Diese Unterschiedlichkeit der Verfahren bestand aber im Gebiete des Ehescheidungsrechtes. So wurden in verschiedenen Kantonen die Ehescheidungsprozesse zu sehr nach den allgemeinen Grundsätzen des gewöhnlichen Zivilprozesses durchgeführt, womit es aber weitgehend den Parteien überlassen war, die Scheidung auf Grund von erdichteten Tatbeständen durchzusetzen⁸. Die Aufstellung von einheitlichen Verfahrensnormen war somit die dringendste Notwendigkeit, um der Umgehung des materiellen Scheidungsrechtes Einhalt zu gebieten und so der Scheidungsnot, die sich in verhältnismässig hohen Scheidungsziffern ausdrückte, entgegenzuwirken.

⁶ Sten. Bull. 8 S. 233/234; vgl. auch die Ausführungen des französischen Berichterstatters in Sten. Bull. 8 S. 234.

⁷ Schurter und Fritzsche, Bd. I S. 424.

⁸ vgl. die Ausführungen v. Prof. Huber im Nationalrat: Sten. Bull. 15 S. 634.

⁹ vgl. dazu auch Egger, Kommentar zu Art. 158 N 1; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 1 und N 2; Sulzer S. 20; Grendelmeyer S. 147; Landolt S. 96/97.

Alle diese Gründe führen aber dazu, die im ZGB für das Scheidungsrecht statuierten prozessualen Vorschriften als verfassungsrechtlich zulässig zu erklären⁹.

§ 2. Die Bestimmungen des Art. 158 ZGB

I. Allgemeines

Die Verfahrensnormen des Art. 158 ZGB haben den Zweck, eine gleichmässige Durchführung des Scheidungsverfahrens auf dem ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft zu gewährleisten. Dies scheint umso wichtiger, wenn man in Betracht zieht, dass die Ehe nicht nur Gegenstand des Einzelinteresses, sondern ebensowohl Gegenstand des Allgemeininteresses ist¹⁰. Der Staat hat an der Ehe insofern ein Interesse, als die Familie den Grundstock des Staatsverbandes bildet.

Die Vorschriften des Art. 158 ZGB stellen allerdings keine abschliessende Regelung des Scheidungsverfahrens dar, was schon der Wortlaut der betreffenden Bestimmung zeigt¹¹, sondern es werden lediglich einige Grundpfeiler statuiert, die nähere Ausführung im einzelnen aber den Kantonen überlassen¹². Die Kantone wurden dadurch aber veranlasst, ihre Prozessgesetze auf dem Gebiete des Ehescheidungsrechtes zu revidieren oder neue Gesetze aufzustellen, die der rechtlichen Tragweite der Bundesnormen entsprechen und so dem Institut der Ehe einen gewissen Schutz angedeihen lassen¹³.

II. Die Feststellung des Tatbestandes (Ziff. 1)

Nach dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung darf der Richter Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung

¹⁰ Gisi S. 419.

¹¹ Einleitung zu Art. 158 ZGB: „Das Scheidungsverfahren wird durch das kantonale Prozessrecht geordnet unter Vorbehalt folgender Vorschriften...“

¹² Egger, Kommentar zu Art. 158 N 2; Sulzer S. 18.

¹³ Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 4.

oder Trennung dienen, nur dann als erwiesen annehmen, wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat. Als Ausfluss des Allgemeininteresses an der Ehe wird somit in der vorliegenden Vorschrift für den Ehescheidungsprozess die *Offizialmaxime* eingeführt. So sind Tatsachen, die die Scheidung bejahen, vom Scheidungsrichter auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen, und dies auch dann, wenn sie vom beklagten Ehegatten nicht bestritten, ja oft sogar zugestanden sind, da die Parteien sonst weitgehend selbst über den Ausgang des Prozesses bestimmen könnten, was dem Interesse des Staates, nur solche Ehen gerichtlich aufzulösen, die wirklich mit einem Scheidungsgrund belastet sind, widersprechen würde.

Die *ratio legis* verlangt aber ferner, dass das Gericht auch den die Scheidung verneinenden Tatsachen von Amtes wegen nachgehen und sie in seinem Urteil in Berücksichtigung ziehen soll, und dies auch dann, wenn sie von keiner Partei angerufen worden sind, sich aber aus den Parteivorbringen, aus der persönlichen Befragung oder aber aus den Akten ergeben ^{14, 15}.

Allerdings muss den Prozessparteien die Möglichkeit gegeben werden, sich über die diesbezüglichen Tatsachen auszusprechen, was der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert ¹⁶.

In der herrschenden Lehre ¹⁷ wird die *Offizialmaxime* dahin ausgelegt, dass alle scheidungsbejahenden Tatsachen zum vornherein als bestritten zu betrachten seien. Das Vorbringen der scheidungsbegründenden Tatsachen, sowie auch deren Beweis obliegt somit dem Kläger, da die *Offizialtätigkeit* des Richters nicht soweit geht, dass er auch die klagebegründenden Tatsachen von Amtes wegen beizubringen hat, besteht doch kein Allgemeininteresse daran, dass eine Scheidung ausgesprochen wird ¹⁸. Wie oben erwähnt, müssen die den Scheidungsgrund verneinenden

¹⁴ Guldener, Bd. I S. 120; Egger, Kommentar zu Art. 158 N 4.

¹⁵ a. A. Hinderling S. 113/114: „Auch soweit die Berufung auf Art. 158 Ziff. 1-4 zutrifft, bedeutet sie im übrigen nicht etwa eine Anerkennung der *Offizialmaxime* in dem Sinne, dass der Richter von Amtes wegen Prozessstoff zu sammeln hätte, wenn er vermutet, dass eine Vervollständigung des Materials zur Abweisung der Scheidungsklage oder zur Auferlegung einer Wartefrist führen könnte.“

¹⁶ Guldener, Bd. I S. 118 Anm. 2.

¹⁷ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 4; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 11a; Gisi S. 444; Brandenberger S. 70; BGE 42 II 548.

¹⁸ Guldener, Bd. I S. 120 Anm. 8; a. A. Sulzer S. 23.

Tatsachen vom Richter ex officio erhoben werden. Der Beklagte ist daher von der Beweislast befreit¹⁹. Daraus ergibt sich allerdings eine Ungleichheit in der Beweislastverteilung, indem dem Scheidungskläger eine Beweisspflicht obliegt, wogegen der Beklagte davon entbunden ist. Dies lässt sich aber damit erklären, dass der Kläger sowohl gegen den sein Einzelinteresse vertretenden Beklagten als auch gegen den das Allgemeininteresse vertretenden Richter anzukämpfen hat²⁰.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die Aufstellung der Offizialmaxime für den Ehescheidungsprozess in der Theorie sicher günstig darstellt, dass aber eine strenge Durchführung in der Praxis mit grossen Schwierigkeiten verbunden sein kann. Der Scheidungsrichter muss sich eben doch weitgehend an die Angaben der Parteien halten und dies schon rein aus technischen Erwägungen heraus. So besteht aber immer die Möglichkeit, dass es findigen Prozessparteien gelingen wird, den Richter über den wahren Sachverhalt zu täuschen²¹.

III. Der Ausschluss des Eides als Beweismittel (Ziff. 2)

Der Eid, den die Prozessgesetze mehrheitlich als Beweismittel noch kennen²², wird für die scheidungsbegründenden Tatsachen durch die Ziff. 2 des Art. 158 ZGB von Bundesrechts wegen ausgeschlossen. Es ist dies eine Bestimmung, die mit der Vorschrift der Ziff. 4 desselben Artikels in engstem Zusammenhang steht²³. Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung ist mit dem Parteieid insofern unvereinbar, als der Richter diesen nicht auf seine Glaubwürdigkeit zu untersuchen berechtigt ist und die beeidigte Tatsache als erwiesen anzunehmen hat²⁴. Der

¹⁹ Teilweise a. A. Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 15, der eine Befreiung von der Beweislast nur vorsieht, sofern der Beklagte die Behauptungen des Klägers einfach verneint und keine Gegenteilssachen vorbringt.

²⁰ Gisi S. 444.

²¹ Guldener, Bd. I S. 119 Ziff. 3.

²² vgl. Guldener, Bd. I S. 309 ff.

²³ Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 17; Guldener, Bd. I S. 409 Anm. 5.

²⁴ Schurter und Fritzsche, Bd. I S. 509; Guldener, Bd. I S. 289.

Richter müsste sich also bei der Ablegung eines Parteieides eventuell gegen seine Überzeugung der Parteiaussage beugen, was dem in Ziff. 1 statuierten Officialprinzip widersprechen würde. Zulässig bleibt dieses Beweismittel dagegen für die scheidungsverneinenden Tatsachen, sowie für solche, die nur die Nebenfolgen der Scheidung betreffen, was noch später Gegenstand dieser Arbeit sein soll ²⁵.

IV. Die Unverbindlichkeit von Parteierklärungen (Ziff. 3)

Nach dem Wortlaut des Art. 158 Ziff. 3 ZGB sind grundsätzlich Parteierklärungen für den Richter im Scheidungsprozess unverbindlich. Diese Bestimmung ist insofern unklar, als unter Parteierklärungen sowohl solche hinsichtlich der Rechtsbegehren als auch solche hinsichtlich der klagebegründenden Tatsachen verstanden werden könnten. Die aus dem Wortlaut des Gesetzestextes sich ergebende Unklarheit lässt sich aber ohne weiteres lösen, wenn man auf die ratio legis zurückgeht. Unter Parteierklärungen können hier nur solche tatsächlicher Art verstanden werden, nicht aber die der freien Verfügung der Parteien vorbehaltenen Prozesserkklärungen. So wird das Dispositionsrecht der Parteien bezüglich des Klagebegehrens, des Klagerückzuges und des Weiterzuges an eine obere Instanz durch die Ziff. 3 in keiner Weise beschränkt. Diese restriktive Interpretation der vorliegenden Bestimmung wird in Literatur und Rechtsprechung heute allgemein anerkannt ²⁶.

Die Unverbindlichkeit von Parteierklärungen bezüglich der Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung dienen, ergibt sich aber auch schon aus Ziff. 1 des Art. 158. Es handelt sich in der Ziff. 3 somit um eine negative Wiederholung des in Ziff. 1 aufgestellten Officialprinzips ²⁷. Die Wirkung der vorliegenden Bestimmung reicht aber insofern noch weiter, als damit

²⁵ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 6; Sulzer S. 25.

²⁶ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 7; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 19; Sulzer S. 25; Pra 6, 44; BGE 42 II 546.

²⁷ Gisi S. 445.

auch Parteierklärungen in Bezug auf jene Nebenfolgen erfasst werden, die nicht der freien Verfügung der Parteien unterliegen²⁸.

V. Die freie richterliche Beweiswürdigung (Ziff. 4)

Nach der vorliegenden Gesetzesbestimmung wird der Richter ermächtigt und verpflichtet, nach dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung vorzugehen. Darnach hat er die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel selbständig nach freiem Ermessen zu würdigen, ohne an kantonalrechtliche Beweiswertvorschriften gebunden zu sein²⁹. Dass diese Bestimmung in engstem Zusammenhang mit dem in Ziff. 2 als unstatthaft erklärten Parteieid oder des Gelöbnisses an Eides statt steht, wurde bereits oben erwähnt^{30, 31}.

VI. Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung (Ziff. 5)

Das Gesetz statuiert in Art. 158 Ziff. 5 die grundsätzliche Zulässigkeit von Parteivereinbarungen bezüglich der Nebenfolgen der Ehescheidung, macht aber die richterliche Genehmigung zum Konstitutiverfordernis. Ohne diese Genehmigung ist die vertragliche Regelung der Scheidungsnebenfolgen ungültig.

Für die sich im einzelnen für die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen ergebenden Konsequenzen sei auf den folgenden Paragraphen verwiesen³².

²⁸ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 7; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 19a.

²⁹ vgl. dazu Sulzer S. 25, der mit Recht darauf aufmerksam macht, dass es schwer sein werde, in Kantonen, die noch vereinzelte formale Beweisregeln kennen, den Richter im Scheidungsprozess von diesen, seine Überzeugung in andern Erkenntnissen zwingend bildenden Beweisregeln freizubekommen.

³⁰ vgl. oben Ziff. III.

³¹ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 8; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 20; vgl. auch Schurter und Fritzsche, Bd. I S. 506 ff.; Guldener, Bd. I S. 288 Ziff. 5.

³² vgl. § 3 Ziff. V.

§ 3. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Art. 158 ZGB auf die Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung

I. Offizialmaxime

A. Allgemeines

Der Bundesgesetzgeber ersetzte im Scheidungsverfahren die im ordentlichen Zivilprozess geltende Verhandlungsmaxime durch das Offizialprinzip, womit er verhüten wollte, dass Parteidispositionen getroffen werden, die dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe entgegenstehen.

Es ist nun aber des nähern zu prüfen, ob bei der Behandlung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen die Offizialmaxime Gültigkeit hat oder aber nach dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime vorzugehen ist.

Die Offizialmaxime wird im allgemeinen dann vorgeschrieben, wenn ein öffentliches Interesse an der Sache besteht, d. h. in Prozessen über Rechte und Rechtsverhältnisse, die der freien Parteidisposition entzogen sind³³. Um also entscheiden zu können, inwieweit der Richter bei der Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Ehescheidung ex officio vorzugehen hat, muss vorerst im einzelnen untersucht werden, ob diese Ansprüche öffentliches Interesse tangieren oder aber nur privater Natur sind.

B. Die vermögensrechtlichen Ansprüche nach Art. 151, 152 und die güterrechtliche Auseinandersetzung nach Art. 154 ZGB

Bei den Entschädigungs- und Genugtuungsansprüchen nach Art. 151 ZGB und bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung stehen ausschliesslich private vermögensrechtliche Interessen im Vordergrund³⁴. Sie sind der freien Verfügung des Berechtigten überlassen, was sich schon darin zeigt, dass ein Verzicht ohne

³³ Guldener, Bd. I S. 119 lit. b; Grendelmeyer S. 148.

³⁴ Guldener, Bd. I S. 107 lit. d; Gisi S. 464; Grendelmeyer S. 149.

weiteres möglich ist. Ein Allgemeininteresse daran ist somit nicht vorhanden, womit aber auch kein Grund besteht, diese Scheidungsnebenfolgen der Oficialmaxime zu unterstellen. Es gelten für sie grundsätzlich die für den gewöhnlichen Zivilprozess allgemein anerkannten Prinzipien der Verhandlungsmaxime³⁵.

Die Verhandlungsmaxime ist aber auch grundsätzlich anzuerkennen bei der Regelung der Unterhaltsansprüche nach Art. 152 ZGB³⁶, indem auch diese weitgehend der freien Verfügung der Parteien unterliegen. Allerdings ist hier insofern eine Einschränkung zu machen, als ein Verzicht darauf nur möglich ist, wenn dadurch weder die unterstützungspflichtigen Blutsverwandten noch die Armenbehörden belastet werden, denn so wenig man auf die Ansprüche nach Art. 328 ff. ZGB verzichten kann, so wenig ist dies zulässig bei den Ansprüchen aus Art. 152 ZGB, sofern dieser Verzicht zu Lasten eines Dritten geht.

Einzelne kantonale Prozessgesetze³⁷ erklären allerdings die Oficialmaxime ganz allgemein für sämtliche Nebenfolgen der Ehescheidung für anwendbar, was ohne weiteres zulässig ist, da die Vorschriften des Art. 158 ZGB nur den grossen Rahmen des Verfahrens vorschreiben, die nähere Ausführungsgesetzgebung im einzelnen aber den Kantonen verbleibt³⁸. Die Kantone können daher schärfere Prozessgrundsätze für das Scheidungsverfahren und für die in diesem zu behandelnden vermögensrechtlichen Ansprüche aufstellen, als dies von Bundesrechts wegen geschehen ist.

Die Regelung vorliegender vermögensrechtlicher Scheidungsnebenfolgen nach dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime hat natürlich praktisch eine grosse Bedeutung. Vor allem wird der Scheidungsrichter dadurch weitgehend von den das Allgemeininteresse wenig oder meist gar nicht interessierenden Nebensachen entlastet und hat damit die Möglichkeit, sich eingehend

³⁵ Zu Unrecht leitet Gisi S. 465 die Gültigkeit der Verhandlungsmaxime schon aus Art. 158 Ziff. 5 ab; er geht dabei u. E. von der falschen Voraussetzung aus, dass diese Ziffer nur auf die der freien Verfügung der Parteien überlassenen vermögensrechtlichen Nebenfolgen anwendbar sei. vgl. auch Brandenberger S. 71.

³⁶ Gisi S. 464, Grendelmeyer S. 149, Brandenberger S. 71.

³⁷ Uri 242 Abs. 1 ZPO, Schwyz 397 Abs. 2 ZPO, St. Gallen 351 Abs. 3 ZPO.

³⁸ vgl. Guldener, Bd. I S. 107 lit. d und Anm. 23.

mit der Hauptsache, der Scheidungsklage an sich, zu befassen, denn die Sammlung des Prozessstoffes liegt ja dort den Parteien ob, die schon im eigenen Interesse dafür sorgen, dass alle klagebegründenden bzw. klageverneinenden Tatsachen in den Prozess eingeführt und dazu die nötigen Beweise geliefert werden. Dies ist für den Richter auch insofern von Vorteil, als die Parteien sicherlich am besten über die in manchen Ehen oft recht komplizierten Vermögensverhältnisse orientiert sind, die ihm meistens grosse Schwierigkeiten bieten würden, hätte er sie von Amtes wegen zu erforschen und als Grundlage für seinen Entscheid zu nehmen.

Es mag an diesem Ort noch das Problem der Ausbeutung des Prozessgegners, das sich ja allgemein bei der Verhandlungsmaxime stellt, angeführt werden. Die Möglichkeit eines unrichtigen Urteils besteht ohne Zweifel, da der Richter Tatsachen und Beweismittel, die nicht angerufen worden sind, grundsätzlich nicht berücksichtigen darf und oftmals unbestrittene unwahre Tatsachenbehauptungen seinem Entscheid zugrunde legen muss³⁹. Der Gefahr eines unzutreffenden Urteils wird aber in den kantonalen Prozessgesetzen entgegengewirkt, indem mehrere dieser Gesetze das richterliche Fragerecht, das zugleich eine Fragepflicht⁴⁰ bedeutet, eingeführt haben⁴¹. Des weitern sehen einzelne Prozessgesetze vor, dass das Gericht von Amtes wegen Beweise über behauptete Tatsachen abnehmen darf⁴². So hat sich dann der Richter nicht nur an die von den Parteien bezeichneten Beweismittel zu halten⁴³, was wiederum der Gefahr eines Täuschungsmanövers durch die Parteien entgegenwirkt und zur Feststellung des wirklichen Sachverhaltes beiträgt.

Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass unter Umständen aber auch bei diesen vermögensrechtlichen Nebenfolgen, die sonst grundsätzlich der Verhandlungsmaxime unterliegen, die

³⁹ Guldener, Bd. I S. 113.

⁴⁰ Sträuli, Kommentar zu § 99 der zürcherischen ZPO N 1.

⁴¹ Bund 3 ZPO, Zürich 99 ZPO, Bern 89 ZPO, Uri 96 ZPO, Schwyz 155 ZPO, Zug 53 Abs. 2 ZPO, Basel-Stadt 88 ZPO, Basel-Land 97 Abs. 2 ZPO, Schaffhausen 174 ZPO, St. Gallen 295 ZPO, Aargau 117 ZPO, Thurgau 119 ZPO, Waadt 131 ZPO, Wallis 77, 166 Abs. 3 ZPO, Neuenburg 69.

⁴² Bund 37 ZPO, Zürich 166 ZPO, Bern 197, 214 ZPO, Zug 53 Abs. 2 ZPO, St. Gallen 179 Abs. 2 ZPO, Wallis 171 ZPO, Neuenburg 69 Abs. 2 ZPO, Genf 171 ZPO.

⁴³ Guldener, Bd. I S. 115 Ziff. 4, S. 116 Ziff. 5; Grendelmeyer S. 150.

Offizialmaxime zum Zuge kommen muss. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Regelung der ökonomischen Scheidungsfolgen auf einer Parteivereinbarung beruht. Art. 158 Ziff. 5 ZGB verlangt zur Rechtsgültigkeit einer solchen Konvention die richterliche Genehmigung. Diese setzt aber eine eingehende Prüfung des Vertragsinhaltes voraus. Die Offizialmaxime muss hier insofern Anwendung finden, als es gilt, diejenigen Tatsachen festzustellen, von denen es abhängt, ob die gerichtliche Genehmigung erteilt werden kann ⁴⁴.

C. Die Beitragspflicht an den Unterhalt der Kinder nach Art. 156 Abs. 2 ZGB

Die Beitragspflicht an den Unterhalt der Kinder untersteht als einzige Nebenfolge vermögensrechtlicher Art unzweifelhaft der Offizialmaxime. Die Scheidung löst die Verbindung der Eltern mit den Kindern, die sich aus der Abstammung ergibt, in keiner Weise. Die Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber ihren gemeinsamen Kindern dauern fort, somit aber auch die Unterhaltspflicht. Es obliegt daher nicht den Parteien, zu bestimmen, inwieweit sie für ihre Kinder aufkommen wollen. Das Recht der freien Verfügung über den Unterhaltsanspruch steht den Eltern nicht zu, womit aber auch kein Raum für die Verhandlungsmaxime bleibt ⁴⁵.

II. Der Eid als Beweismittel

Der Parteieid oder das Handgelübde an Eides statt ist für die klagebegründenden Tatsachen im Ehescheidungsprozess von Bundesrechts wegen ausgeschlossen. Aus dem Gesetzestext ergibt sich, dass es sich dabei nur um die klagebegründenden Tatsachen in der Hauptsache, der Scheidungsklage an sich, handeln kann, was aus dem Ausdruck „solcher Tatsachen“ zu entnehmen ist,

⁴⁴ vgl. Gisi S. 465; vgl. auch Ziff. V lit. B unten.

⁴⁵ Grendelmeyer S. 148/149.

eine Fassung, die unmissverständlich auf das Vorerwähnte in Ziffer 1 hinweist, wo aber nur von den scheidungs begründenden Tatsachen die Rede ist.

Bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen aus Art. 151—154 ZGB besteht kein Bedürfnis, die kantonalen Bestimmungen betreffend des Parteieides auszuschliessen. Diese Ansprüche unterliegen der freien Verfügung der Parteien und berühren keine Allgemeininteressen, womit aber auch ohne Bedenken die gewöhnlichen zivilprozessualen Normen zur Anwendung gelangen können ⁴⁶.

Anders bei den Unterhaltsansprüchen der Kinder nach Art. 156 Abs. 2 ZGB. Es liegt in der Natur der Sache, den Parteieid, den der Richter nicht auf seine Glaubwürdigkeit zu untersuchen berechtigt ist, auszuschliessen, da sonst allzu leicht die Interessen der Kinder geschmälert werden könnten.

III. Die Unverbindlichkeit von Parteierklärungen

Die in der Ziff. 3 des Art. 158 ZGB erklärte Unverbindlichkeit von Parteierklärungen bezieht sich neben den Zugeständnissen der Parteien in Bezug auf die scheidungs begründenden Tatsachen auch auf diejenigen Nebenfolgen, die der freien Disposition der Parteien entzogen sind, über die das Gericht also von Amtes wegen zu entscheiden hat. So sind Parteierklärungen im Sinne von Zugeständnissen bei der Regelung der Unterhaltsansprüche der Kinder für den Richter nicht verbindlich.

Keine Anwendung findet diese Bestimmung dagegen bei den vermögensrechtlichen Nebenfolgen, die nur das Einzelinteresse der Parteien tangieren. Als Ausfluss der hier geltenden Verhandlungsmaxime müssen auch Zugeständnisse der Parteien vom Gericht als verbindlich angesehen werden. Zugeständnisse tatsächlicher Art bedürfen nach allgemein geltender Auffassung, weil unbestritten, keines Beweises und müssen, sofern rechts-

⁴⁶ vgl. Egger, Kommentar zu Art. 158 N 6; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 18.

erheblich, dem Urteil zugrunde gelegt werden, auch wenn sie sich nicht verwirklicht haben sollten⁴⁷.

IV. Die freie richterliche Beweiswürdigung

Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung ist von Bundesrechts wegen nur für die feststellungsbedürftigen Tatsachen in Bezug auf die Scheidungsklage an sich vorgeschrieben. Inwieweit unterliegen ihm aber auch die Nebenfolgen vermögensrechtlicher Natur?

Es besteht ein praktisches Bedürfnis, bei der Regelung der Unterhaltsansprüche der Kinder generell die freie richterliche Beweiswürdigung zuzulassen, da sonst die Ansprüche der Kinder geschmälert werden könnten. Die Natur der Sache verlangt hier den Ausschluss abweichender kantonalrechtlicher Beweisregeln.

Anders bei den vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen, die keine öffentlichen Interessen tangieren. Prinzipiell steht auch hier nichts im Wege, dass das Gericht nach Abnahme der Beweise nach freier Überzeugung darüber befindet. Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gilt in diesen Fällen aber nur insoweit, als keine speziellen Beweisregeln in den kantonalen Prozessgesetzen aufgestellt sind. So wird beispielsweise die freie Beweiswürdigung in jenen Kantonen eine Beeinträchtigung erfahren, die den Parteieid als Beweismittel für die Erwahrung von Tatsachen, die die Entschädigung, die Genugtuung, den Unterhalt und die güterrechtlichen Ansprüche der Ehegatten betreffen, zulassen⁴⁸.

V. Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung

A. Die prinzipielle Zulässigkeit

Das ZGB statuiert in Art. 158 Ziff. 5 die grundsätzliche Zulässigkeit von Parteivereinbarungen in Bezug auf die Nebenfolgen

⁴⁷ Guldener, Bd. I S. 112 Ziff. 2.

⁴⁸ Guldener, Bd. I S. 289.

der Scheidung, die in den Art. 151 ff. geregelt sind. Darunter fallen nach der herrschenden Auffassung die Entschädigung, die Genugtuung, der Unterhalt, die güterrechtliche Auseinandersetzung, sowie die Regelung der Elternrechte⁴⁹. Die Parteien haben somit die Möglichkeit, über diese Scheidungsnebenfolgen eine ihren Wünschen entsprechende vertragliche Abmachung zu treffen, wozu sehr oft ein dringendes Bedürfnis besteht. Praktisch zeigt sich dies darin, dass heute in weitaus den meisten Fällen von Ehescheidungen dem Richter eine Scheidungskonvention bezüglich der Nebenfolgen vorgelegt wird.

Diese Regelung des ZGB ist aber auch vom Standpunkt des Richters aus zu begrüßen. Die richterliche Tätigkeit und das Verfahren im allgemeinen erleiden dadurch eine nicht zu unterschätzende Vereinfachung, zumal die Parteien ihre persönlichen finanziellen Verhältnisse am besten kennen.

Das Gesetz, das grundsätzlich die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen statuiert, schützt sich aber in der gleichen Vorschrift gegen einen eventuellen Missbrauch von Seiten der Parteien, indem es diese vertragliche Regelung der Genehmigung durch den Richter unterwirft. Dieser zum Schutze der Ehegatten und im Interesse der Allgemeinheit aufgestellte Grundsatz wird vor allem verhindern, dass von einem Ehegatten die Eheauflösung erkaufte oder aber einer finanziellen Benachteiligung des einen Vorschub geleistet werden kann.

B. Die richterliche Genehmigung

1. Die Genehmigung als Konstitutiverfordernis

Parteivereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung bedürfen zu ihrer Rechtsgültigkeit der richterlichen Genehmigung. Diese ist somit Konstitutiverfordernis. Bis zur Genehmigung durch den Richter bleibt das Rechtsgeschäft in der Schwebe. Der Vertrag kann seine Wirkungen noch nicht ent-

⁴⁹ vgl. Hartmann S. 14 ff.; Egger, Kommentar zu Art. 158 N 13; Gisi S. 465.

falten. Das Rechtsgeschäft ist mit der aufschiebenden Bedingung eingegangen, dass ihm die richterliche Genehmigung erteilt und die Ehescheidung rechtskräftig wird⁵⁰. Dies darf allerdings nicht so ausgelegt werden, dass die Parteien bis zum Richterspruch überhaupt nicht an die Konvention gebunden seien. Es besteht immerhin eine vertragliche Bindung, die einem einseitigen Widerruf unzugänglich ist⁵¹. Erst mit der richterlichen Genehmigung erhält die Parteivereinbarung aber endgültigen Bestand als Privatrechtsgeschäft⁵².

Eine Parteivereinbarung, die dem Gerichte nicht vorgelegt worden ist, die die richterliche Genehmigung somit nicht erlangt hat, ist ungültig, was sich insoweit auswirkt, als diese Ansprüche nicht klageweise geltend gemacht werden können⁵³.

2. Die richterliche Prüfungspflicht

Aus der Pflicht der Parteien, ihren Vertrag dem Gericht in extenso vorzulegen, resultiert aber auch eine Pflicht des Richters⁵⁴, die Vereinbarung des nähern zu prüfen und die Genehmigung eventuell zu versagen. Wie bereits oben⁵⁵ erwähnt, hat das Gericht bei der Feststellung derjenigen Tatsachen, von denen es abhängt, ob die Genehmigung erteilt werden kann, von Amtes wegen vorzugehen.

Die richterliche Prüfungspflicht erstreckt sich auf den klaren Ausdruck des Parteiwillens, auf die rechtliche Gültigkeit, auf die Vollständigkeit und auf die sachliche Angemessenheit der Parteiübereinkunft. Eine Scheidungskonvention, die den Parteiwillen nicht klar zum Ausdruck bringt, über die der Richter also berechtigte Zweifel haben kann, ist zur Verbesserung an die Parteien zurückzuweisen. Der Richter darf aber auch in jenen Fällen seine Genehmigung nicht erteilen, wo die Konvention

⁵⁰ Grendelmeyer S. 135.

⁵¹ Hartmann S. 50; Michel S. 23.

⁵² Hinderling S. 117; BGE 60 II 170.

⁵³ Pruppacher S. 42.

⁵⁴ Über die Motive, die ein richterliches Eingreifen in die Privatrechtssphäre der Ehegatten rechtfertigen vgl. Hartmann S. 38.

⁵⁵ vgl. § 3 Ziff. I lit. B.

einen widerrechtlichen, sittenwidrigen oder unmöglichen Inhalt hat. Derartige Verträge sind an sich schon nichtig und es kann auch die richterliche Genehmigung keine heilende Wirkung ausüben. Des weitern sind auch solche Vereinbarungen abzulehnen, die infolge eines Willensmangels anfechtbar sind, zumal die privatrechtliche Anfechtung der genehmigten Parteiübereinkunft nachträglich ausgeschlossen ist⁵⁶. Eine vertragliche Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen muss aber auch auf ihre Vollständigkeit untersucht werden. Unvollständige Parteivereinbarungen sind nicht zu genehmigen. Es gibt Gerichte, die eine Saldoklausel aufnehmen, in dem Sinne, dass festgestellt wird, dass keine weiteren Ansprüche mehr bestehen. Dies darf aber nur geschehen, wenn eindeutig feststeht, dass keine weiteren Ansprüche mehr in Frage kommen. In Bezug auf die sachliche Angemessenheit hat der Richter zu prüfen, ob die Vereinbarung den Verhältnissen der Parteien entspricht und ob keine der Parteien übervorteilt worden ist. Nach der herrschenden Lehre sind die verschiedenen Nebenfolgen vermögensrechtlicher Art bei dieser richterlichen Prüfung nicht einer gleichmässigen Strenge unterworfen. So wird im allgemeinen geltend gemacht, dass bei den Parteivereinbarungen bezüglich der Unterhaltsansprüche der Kinder mit besonderer Sorgfalt zu untersuchen sei, ob die Beiträge den Interessen der Kinder entsprechen. Die Genehmigung ist hier zu versagen, wenn das Gericht die von den Parteien getroffene Lösung als unrichtig ansieht.

Anders bei den vermögensrechtlichen Nebenfolgen, die nur die Interessen der Parteien tangieren. Hier muss der Richter als erstes Gebot den Grundsatz der Vertragsfreiheit und der Vertragstreue beachten⁵⁷. Er kann somit nur von einer Genehmigung absehen, sofern die Konvention offensichtlich unangemessen ist, insoweit also wichtige Gründe vorliegen und nicht schon dann, wenn er eine andere Lösung getroffen hätte⁵⁸.

In der Praxis wird diese verschiedenen strenge Prüfungspflicht oft dazu führen, dass der Richter eine ihm vorgelegte Parteivereinbarung teilweise genehmigen, teilweise aber auch verwerfen

⁵⁶ vgl. lit. C unten.

⁵⁷ BGE 60 II 171; BlZR 43 Nr. 105.

⁵⁸ Hartmann S. 39; Hinderling S. 116/117.

oder abändern müsste. In Literatur und Rechtsprechung⁵⁹ wird fast durchwegs die Auffassung vertreten, dass die Scheidungskonvention nur als Ganzes genehmigt oder verworfen werden dürfe. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass alle diese Nebenfolgen, die überhaupt einer vertraglichen Regelung zugänglich sind, in einem inneren Zusammenhang stehen. Eine teilweise richterliche Abänderung oder Genehmigung würde daher oft den Vertrag dem Parteiwillen entfremden. Einer Abänderung durch den Richter kann höchstens insofern zugestimmt werden, als diese den Charakter der Parteivereinbarung nicht beeinträchtigt, wo es sich also lediglich um die Klarstellung einer einzelnen Bestimmung der Parteiabmachung handelt⁶⁰.

3. Die Aufnahme der richterlichen Genehmigung ins Scheidungsurteil

Art. 158 Ziff. 5 ZGB macht die richterliche Genehmigung zum Konstitutiverfordernis, lässt aber die Frage offen, welcher Form die Genehmigung bedarf. Nach der herrschenden Lehre⁶¹ hat die Genehmigung einer Parteivereinbarung ausdrücklich im Dispositiv des Scheidungsurteils selbst zu erfolgen und wird damit zu einem integrierenden Bestandteil des Urteils in der Hauptsache. Dies ist insofern von Bedeutung, als die genehmigte Parteiübereinkunft damit der gleichen Rechtskraft teilhaftig wird, wie die übrigen Bestimmungen des Scheidungsurteils⁶², was seine Auswirkungen vor allem bei der Anfechtung solcher Konventionen zeigt⁶³.

Es erhebt sich in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob nur die Genehmigung der Parteivereinbarung an sich oder aber der ganze Vertragsinhalt ins Scheidungsdispositiv aufzunehmen

⁵⁹ Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 23a; Brandenberger S. 38; Hinderling S. 117; BGE 62 II 5, 71 II 206; teilweise a. A. Hartmann S. 41/42, Grendelmeyer S. 138.

⁶⁰ Schwander S. 98.

⁶¹ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 15; Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 24; Grendelmeyer S. 137; Schwander S. 100.

⁶² BGE 60 II 171, 60 II 82.

⁶³ vgl. lit. C unten.

sei. Das Gesetz verlangt nur die richterliche Genehmigung, womit aber auch indirekt ausgedrückt ist, dass es genügen sollte, nur diese ins Urteilsdispositiv aufzunehmen⁶⁴ und den Inhalt der Vereinbarung in den Urteilsgründen wiederzugeben. Nur die Genehmigung ist Gültigkeitsvoraussetzung für die Parteivereinbarung, nicht aber die Aufnahme des ganzen Vertragsinhaltes⁶⁵. Dass die Beantwortung dieser Frage nicht nur von formeller, sondern auch von praktischer Bedeutung ist, zeigt sich in einem Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 9. September 1944⁶⁶. Es führt unter anderem aus: „Treffen die Parteien eine Vereinbarung über die ökonomischen Nebenfolgen der Scheidung, so sind nicht die einzelnen Bestimmungen der Vereinbarung, sondern es ist nur die Erteilung der Genehmigung ins Urteilsdispositiv aufzunehmen. Werden (entgegen dieser Auffassung) die einzelnen Bestimmungen einer Vereinbarung ins Urteilsdispositiv aufgenommen, so können sie auf dem Rechtsmittelwege angefochten werden, sobald eine Beschwerde der anfechtenden Partei vorliegt; enthält das Dispositiv dagegen nur die Erteilung der Genehmigung, so ist zu deren Anfechtung erforderlich, dass die betreffende Partei durch die Vereinbarung in ihren Rechten so erheblich beeinträchtigt wird, dass der zweitinstanzliche Richter ihr die Genehmigung verweigern muss.“

C. Die Anfechtung von Parteivereinbarungen

Grundsätzlich sind Parteivereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung anfechtbar, sofern die nötigen Voraussetzungen dazu gegeben sind. Fraglich bleibt aber, welche Anfechtungsmittel den Parteien zur Verfügung stehen. So wie das Grundproblem, die genehmigte Konvention an sich, schon zwei Seiten aufweist, nämlich eine materiellrechtliche (Vertragsabschluss) und eine prozessrechtliche (richterliche Genehmigung und Aufnahme der Genehmigung ins Scheidungsurteil), so bleibt

⁶⁴ a. A. Hinderling S. 118, vgl. auch Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 23a, Grendelmeyer S. 137.

⁶⁵ Hartmann S. 41.

⁶⁶ BIZR 48 Nr. 66.

auch hier die Frage offen, ob für die gerichtlich genehmigte Parteivereinbarung sowohl die zivilrechtliche Anfechtung nach OR 23 ff. als auch die prozessuale Anfechtung mit den in den kantonalen Prozessgesetzen gegebenen Rechtsmitteln möglich ist.

Um zu einer gültigen Lösung zu gelangen, scheint ein Hinweis auf die Rechtsnatur einer solchen Parteivereinbarung angebracht. Der Vertrag, der von den Parteien abgeschlossen wird, ist wohl vorerst privatrechtlicher Natur⁶⁷ und wäre ohne die vom Gesetz ausdrücklich verlangte richterliche Genehmigung einer zivilrechtlichen Anfechtung ohne weiteres zugänglich. Die gerichtliche Genehmigung, die auf einer materiellrechtlichen Prüfung des Vertragsinhaltes beruht, entzieht der Parteivereinbarung aber den Charakter eines privatrechtlichen Vertrages⁶⁸. Sie wird integrierender Bestandteil des Scheidungsurteils und ist der gleichen Rechtskraft fähig, wie alle andern Teile desselben. Die Verbindlichkeit der Scheidungskonvention beruht also auf dem Richterspruch und nicht auf dem Willen der Parteien. So ergibt sich schon aus der rechtlichen Natur der genehmigten Parteiübereinkunft, dass nur die prozessrechtliche Anfechtung zugelassen ist⁶⁹.

Aber auch weitere Gründe sprechen für die prozessrechtliche Anfechtung: Legen die Parteien dem Gericht keine Vereinbarung vor, sondern stellen sie nur ihre Anträge und überlassen die Entscheidung dem Richter, so entsteht bei einer Zulassung der zivilrechtlichen Anfechtung eine Ungleichheit in Bezug auf die Anfechtungsmittel. Diese Ungleichheit ist aber als unbillig anzusehen, denn es besteht kein Grund, denjenigen Parteien, die die Nebenfolgen vertraglich regeln, eine leichtere Anfechtungsmöglichkeit, wie sie die zivilrechtliche sicher darstellt, zu gewähren. Gegen dieses Argument ist nicht damit aufzukommen, dass man in der richterlichen Prüfung eine geringere Gewähr für eine den Tatsachen entsprechende Regelung sieht, als in der selbständigen Entscheidung des Richters⁷⁰. Die richterliche Prü-

⁶⁷ a. A. BGE 60 II 82, BiZR 40 Nr. 77 d, wo die Vereinbarung der Parteien nicht als privatrechtlicher Vertrag angesehen wird, sondern als einen zwischen den Parteien vereinbarten gemeinsamen Antrag.

⁶⁸ BGE II 82; a. A. Appellationshof des Kt. Bern in SJZ 20 S. 15, dann auch Egger, Kommentar zu Art. 158 N 16, Hartmann S. 12, Michel S. 23.

⁶⁹ vgl. Hinderling S. 117.

⁷⁰ So wie dies Hartmann S. 60 tut.

fung soll vielmehr eine genaue sein und nicht nur eine oberflächliche.

Bei Zulassung der zivilrechtlichen Anfechtung besteht aber auch die Wahrscheinlichkeit, dass ein anderes Gericht als das Scheidungsgericht für die Anhandnahme der Klage zuständig wird, womit es unter Umständen zu zwei sich widersprechenden Urteilen kommen könnte, was zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen müsste⁷¹.

Oft wird die zivilrechtliche Anfechtung auch damit begründet, dass die Parteivereinbarung einen gerichtlichen Vergleich darstelle, dessen zivilrechtliche Anfechtung allgemein anerkannt sei^{72, 73}. Beim Prozessvergleich handelt es sich um einen Vertrag, welcher von den Parteien im Prozesse zum Zwecke seiner Beendigung abgeschlossen wird⁷⁴. Insofern wäre also auch die Parteivereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung dem gerichtlichen Vergleich gleichzustellen, denn auch bei dieser handelt es sich vorerst um einen privatrechtlichen Vertrag, der zur Beendigung des Prozesses in Bezug auf die Scheidungsnebenfolgen abgeschlossen wird. Die gerichtlich genehmigte Parteivereinbarung unterscheidet sich aber doch in einem wesentlichen Moment vom Prozessvergleich. Der gerichtliche Vergleich wird im allgemeinen, sofern vollständig, vom Gerichte zur Erledigung des Prozesses hingenommen, ohne einer eingehenden materiellrechtlichen Prüfung unterzogen zu werden. So weist das Bundesgericht darauf hin, dass sehr oft Vergleiche angenommen werden, zu denen materiellrechtliche Bedenken vorliegen, zumal die Gerichte zwecks Herstellung des Rechtsfriedens und zur Verminderung ihrer Arbeitslast die Vergleiche eher befördern⁷⁵. Die gerichtliche Beurkundung bietet den Parteien also keinen genügenden Schutz. Anders bei der vom Gericht genehmigten Parteivereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung. Wie schon oben⁷⁶ ausgeführt, hat der Richter die Pflicht, den Vertrag materiellrechtlich genau zu untersuchen und seine Genehmigung zu ver-

⁷¹ a. A. Schwander S. 104.

⁷² Grendelmeyer S. 140.

⁷³ Über die Anfechtung von Prozessvergleichen vgl. BGE 56 I 224, 60 II 57; Guldener, Bd. I S. 246 Ziff. 10, S. 269 lit. b.

⁷⁴ Guldener, Bd. I S. 240.

⁷⁵ BGE 56 I 224 ff.

⁷⁶ vgl. lit. B Ziff. 2 oben.

sagen, sofern Gründe dazu vorliegen. Es kommt hier also nicht so sehr auf den Willen der Parteien an, als vielmehr auf das, was der Richter aus der Scheidungskonvention herausgelesen hat⁷⁷. Es ist daher unzutreffend, die gerichtlich genehmigte Parteivereinbarung dem gewöhnlichen Prozessvergleich gleichzustellen und auf sie die diesbezüglich anerkannten Anfechtungsgrundsätze anzuwenden.

Abschliessend wäre noch auf ein Argument hinzuweisen, das Schwander, der grundsätzlich die zivilrechtliche Anfechtung befürwortet, zur Begründung seiner Ansicht anführt. Er schreibt: „Es darf auch nicht übersehen werden, dass die Nichtigkeits- und Revisionsgründe gar nicht so formuliert sind, dass sie den Verhältnissen, unter denen Prozessvergleiche zustandegekommen sind, immer gerecht werden“⁷⁸. Richtig ist allerdings, dass die Prozessgesetze den Revisionsgrund der dem Urteil zugrunde liegenden Unverbindlichkeit von Parteierklärungen infolge Willensmangels nicht vorsehen. Diese Lücke im Rechtsmittelsystem lässt sich aber durch die richterliche Rechtsfindung beheben, indem das Vorliegen eines Unverbindlichkeitsgrundes als Revisionsgrund anerkannt wird⁷⁹ und sollte nicht dazu führen, dass einfach zivilrechtliche Anfechtung als Lösung des Problems zugelassen wird.

D. Parteivereinbarungen nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils

Eine kurze Würdigung verlangen auch solche Parteivereinbarungen, die nach der rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsprozesses abgeschlossen werden, sei es, dass sie auf eine erstmalige Regelung der Scheidungsnebenfolgen abzielen, oder aber eine Abänderung einer schon bestehenden Ordnung bezwecken. Gegen ihre rechtliche Zulässigkeit ist grundsätzlich nichts einzuwenden⁸⁰. Fraglich bleibt aber, ob die nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB vor-

⁷⁷ BlZR 40 Nr. 77d.

⁷⁸ Schwander S. 103.

⁷⁹ Guldener, Bd. I S. 270.

⁸⁰ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 17; Gmür, Kommentar zu Art. 149 N 8b und zu Art. 158 N 24b; Hinderling S. 117; Grendelmeyer S. 140; Schwander S. 98; Brandenberger S. 38.

geschriebene richterliche Genehmigung auch auf solche Konventionen anzuwenden ist.

Unzweifelhaft erforderlich ist die richterliche Genehmigung bei nachträglichen Vereinbarungen in Bezug auf die Unterhaltsansprüche der Kinder. Diese Scheidungsnebenfolge bleibt weiterhin der Officialmaxime unterstellt. Hier handelt es sich nie um eine erstmalige Regelung nach der Scheidung, da es Pflicht des Richters ist, im Scheidungsverfahren von Amtes wegen diesbezügliche Erhebungen zu machen und eine Ordnung im Scheidungsurteil zu treffen. Die nachträgliche Parteivereinbarung kann sich mithin nur auf eine Abänderung der im Urteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge beziehen. Im Interesse der Kinder muss aber in einem solchen Fall die Mitwirkung des Richters unbedingt gefordert werden.

In Doktrin und Praxis⁸¹ wird in Bezug auf die vermögensrechtlichen Leistungen nach Art. 151 und 152 ZGB und bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung der Standpunkt vertreten, dass bei einer nachträglichen Parteivereinbarung von der Genehmigung des Richters abgesehen werden könne. Als Begründung wird angeführt, dass die Parteien nach der rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsprozesses des richterlichen Schutzes nicht mehr bedürfen, da sie ihre volle Unabhängigkeit wieder erreicht hätten und die Gefahr der Ausnützung einer Prozesssituation dahinfalle. Dieses Argument ist unseres Erachtens aber nicht überzeugend, denn auch nach der Scheidung kann es aus Rechtsunkenntnis oder Leichtsinn der Parteien zu unangemessenen Vereinbarungen kommen, zumal nicht übersehen werden darf, dass auch nachträglich der eine Ehegatte noch einer ungünstigen Beeinflussung des andern erliegen könnte. Diese Gründe führen aber dazu, den Schutz, den das Gesetz in Art. 158 Ziff. 5 den Parteien gewährt, auch auf die erstmalige Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen nach Beendigung des Scheidungsprozesses auszudehnen und eine solche Vereinbarung zu ihrer Rechtsgültigkeit der Genehmigung des Richters zu unterstellen. Wohl ohne Bedenken darf man aber solche Konventionen ohne

⁸¹ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 17; Gmür, Kommentar zu Art. 149 N 8b; Hinderling S. 118; Brandenberger S. 38; Grendelmeyer S. 140; Schwander S. 98.

BGE 47 II 243, 71 II 135; SJZ 22 S. 43. 32 S. 156, SJZ 38 S. 365.

richterliche Genehmigung als rechtsgültig anerkennen, die die Abänderung bereits beurteilter vermögensrechtlicher Ansprüche bezwecken⁸². Die Gefahr einer unangemessenen Neuregelung besteht hier in weit geringerem Masse, da sich kaum eine Partei voreilig bereit finden wird, auf gerichtlich zuerkannte Ansprüche zu verzichten⁸³.

§ 4. Die Gerichtsstandsvorschrift des Art. 144 ZGB und ihre Bedeutung für die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen

Der Bundesgesetzgeber hat für den Ehescheidungsprozess einen ausschliesslichen besonderen Gerichtsstand aufgestellt, indem er in Art. 144 ZGB für die Behandlung der Ehescheidungsklage den Richter am Wohnsitze des klagenden Ehegatten als zuständig erklärt.

Der Wohnsitzbegriff der vorliegenden Bestimmung richtet sich nach Art. 23 ZGB, ist also derjenige Ort, an dem sich der klagende Ehegatte mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält⁸⁴. Da üblicherweise der Wohnsitz der Ehefrau der gleiche ist wie derjenige des Ehemannes⁸⁵, so wird praktisch der besondere Gerichtsstand des Klägers mit dem ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten zusammenfallen. Ihre Bedeutung erhält die Vorschrift des Art. 144 in dem Moment aber, wo die Ehefrau einen selbständigen Wohnsitz begründet hat, was nach Art. 170 Abs. 1 unter gewissen Voraussetzungen möglich ist⁸⁶. Hat die Ehefrau einen eigenen Wohnsitz, so steht ihr aber nur jenes forum zur Einreichung der Klage zur Verfügung, nicht aber wechselweise auch dasjenige am Wohnsitze ihres Ehegatten⁸⁷, da der Gerichtsstand des Art. 144 sich als ausschliesslicher und zwingender darstellt.

Da der Ehescheidungsgerichtsstand zwingender Natur ist, bleibt aber auch für ein forum prorogatum kein Raum⁸⁸. Das

⁸² Immer unter Ausnahme der Unterhaltungsansprüche der Kinder.

⁸³ a. A. Hartmann S. 48; vgl. auch Wäsch S. 20.

⁸⁴ vgl. Stauffer, Diss. S. 12 ff.; Hinderling S. 118.

⁸⁵ Art. 25 ZGB; vgl. Rossel et Mentha, Bd. I S. 251.

⁸⁶ Stauffer, Diss. S. 10.

⁸⁷ Luzern, Obergericht, in SJZ 32 S. 265.

⁸⁸ SJZ 12 S. 392, 32 S. 85.

Gericht hat von Amtes wegen seine Zuständigkeit zu prüfen⁸⁹ und diese zu verneinen, wenn von den Parteien vertraglich ein anderer als der im Gesetz vorgeschriebene Gerichtsstand begründet worden ist, oder wenn sich der Beklagte auf den Prozess eingelassen hat, was nach einigen kantonalen Prozessgesetzen im gewöhnlichen Zivilprozess als fiktiver Prorogationsvertrag gilt^{90, 91}. Das Allgemeininteresse an der Ehe fordert auch hier, dass der Parteiwille zurückzutreten hat⁹². So hat das Bundesgericht bestimmt⁹³, dass einem von Bundesrechts wegen aufgestellten Gerichtsstand nur dann derogiert werden könne, wenn keine öffentlichen Interessen berührt würden.

Gilt der ausschliessliche zwingende Gerichtsstand am Wohnsitze des Klägers auch für die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Ehescheidung? Im ZGB ist darüber keine Bestimmung zu finden. Die Antwort lässt sich aber ohne weiteres der besonderen Natur dieser Ansprüche entnehmen. Die Scheidung bewirkt als Hauptfolge die Lösung des Ehebandes; das rechtliche Band, welches bis anhin die Ehegatten zusammenschloss, wird zerrissen. Als notwendige Folgen dieser Trennung zeigen sich neben andern Nebenfolgen auch diejenigen vermögensrechtlicher Art. Alle diese Ansprüche unterscheiden sich von der Hauptsache dadurch, dass sie sich als Folgen der Scheidung darstellen, über die also erst entschieden werden kann, wenn feststeht, dass die Scheidung ausgesprochen wird und zu wessen Lasten geschieden wird. Es entspringt ihnen kein eigenes Klagerecht⁹⁴, womit aber auch schon gesagt ist, dass kein anderes Gericht zu deren Behandlung zuständig sein kann, als eben das Scheidungsgericht. Dies folgt oft schon aus den kantonalen Prozessgesetzen, wo aus Gründen der Prozessökonomie ganz allgemein für den Zivilprozess der Grundsatz aufgestellt ist, dass das Gericht der Hauptsache auch für die Nebensachen zuständig sei⁹⁵.

⁸⁹ Stauffer, Diss. S. 11; Brandenberger S. 74; Schönholzer S. 53; SJZ 32 S. 85; Semjud 57 S. 363; ZBJV 53 S. 567.

⁹⁰ Guldener, Bd. I S. 75.

⁹¹ Zürich 17 ZPO, Schwyz 57 ZPO, Basel-Stadt 11 ZPO, Schaffhausen 71 ZPO, St. Gallen 91 ZPO, Thurgau 19 ZPO, Tessin 33 ZPO, Neuenburg 15 ZPO.

⁹² Stauffer, Diss S. 11.

⁹³ BGE 57 II 136.

⁹⁴ Sulzer S. 33.

⁹⁵ Zürich 18 ZPO, Luzern 48 ZPO, Uri 30 Abs. 2 ZPO, Schwyz 37 ZPO,

II. KAPITEL

WEITERE

AUS DEM MATERIELLEN SCHEIDUNGSRECHT ODER DEN KANTONALEN PROZESSRECHTEN SICH ERGEBENDE VERFAHRENSGRUNDSÄTZE FÜR DIE BEHANDLUNG DER VERMÖGENSRECHTLICHEN NEBENFOLGEN DER SCHEIDUNG

§ 5. Die Prozessfähigkeit im Scheidungsprozess

Die Prozessfähigkeit der Parteien als eine der wichtigsten Prozessvoraussetzungen erheischt hier eine nähere Betrachtung, zumal für den Ehescheidungsprozess gewisse in der Natur der Sache liegende Modifikationen der prozessrechtlichen Handlungsfähigkeit geboten sind.

I. Die Prozessfähigkeit handlungsfähiger Personen

Die Prozessfähigkeit handlungsfähiger Personen ist auch für den Scheidungsprozess ohne weiteres gegeben, denn wer schon die Fähigkeit hat, Rechte und Pflichten in dieser Materie zu begründen, kann nicht durch irgendwelche zivilprozessuale Normen an der Verwirklichung dieser Rechte gehindert werden. Allen nach Bundesprivatrecht (ZGB 13) handlungsfähigen Personen muss somit auch im Scheidungsprozess Prozessfähigkeit zugestanden werden. Handlungsfähige Personen haben daher das Recht, den Prozess selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu

Zug 9 ZPO, Solothurn 26 Abs. 1 ZPO, Freiburg 25 ZPO, Basel-Land 35 ZPO, Schaffhausen 72, Appenzell I. Rh. 32 ZPO, St. Gallen 90 ZPO, Thurgau 11 ZPO, Tessin 32 ZPO, Wallis 19 ZPO. vgl. Guldener, Bd. I S. 78.

führen. Dies bezieht sich sowohl auf die Hauptsache, die Scheidungsklage an sich, als auch auf alle Nebenfolgen der Scheidung.

II. Die Prozessfähigkeit beschränkt handlungsunfähiger Personen

Beschränkt handlungsunfähige Personen können nach Art. 19 Abs. 2 ZGB Rechte ausüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Für diese muss ihnen somit auch Prozessfähigkeit zuerkannt werden. Ein solches höchstpersönliches Recht ist das Recht auf Ehescheidung. Soweit dieses also in Frage steht, hat die beschränkt handlungsunfähige Person die Berechtigung, den Prozess selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen, also ohne Mitwirkung des Vormundes oder der Vormundschaftsbehörde. Sie kann daher selbständig Scheidungsklage erheben, sich dieser widersetzen, ein Scheidungsurteil anfechten und an eine obere Instanz weiterziehen.

Die Prozessfähigkeit ist einer beschränkt handlungsunfähigen Person aber nur insoweit zuzuerkennen als ihre Persönlichkeitsrechte im Prozess in Frage stehen, insofern das materielle Recht also Handlungsfähigkeit vorsieht. Sobald diese höchstpersönliche Sphäre überschritten wird, wie dies bei der Prozessführung mit Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Fall ist, verliert der beschränkt Handlungsunfähige seine Prozessfähigkeit⁹⁶. Diese Rechte können nur durch den gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden⁹⁷. Prozesshandlungen, die von einem beschränkt Prozessfähigen oder gegen einen solchen persönlich bezüglich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen vorgenommen werden, müssen vom Gericht als unzulässig zurückgewiesen werden, ausgenommen der Stellvertreter hätte dazu ausdrücklich seine Genehmigung erteilt⁹⁸.

⁹⁶ SJZ 15 S. 119; BlZR 43 Nr. 179; BGE 77 II 14; Guldener Bd. I S. 96 Anm. 16.

⁹⁷ Leuch, Kommentar zu Art. 35 der bernischen ZPO N 3.

⁹⁸ Guldener, Bd. I S. 97 Ziff. 3.

III. Die Prozessfähigkeit handlungsunfähiger Personen

Schlechthin handlungsunfähig (auch mit Bezug auf höchstpersönliche Rechte) sind Personen, denen es an der Urteilsfähigkeit mangelt. Den urteilsunfähigen Personen ist aber auch die Prozessfähigkeit gänzlich abzusprechen. Der gesetzliche Stellvertreter ist verpflichtet, den Prozessunfähigen im Prozesse zu vertreten und seine Interessen zu wahren. Geteilt sind hier allerdings die Auffassungen, inwieweit der gesetzliche Vertreter die Möglichkeit hat, höchstpersönliche Rechte des Urteilsunfähigen geltend zu machen, im vorliegenden Fall also, ob ihm das Recht zusteht, für seinen Schützling die Scheidungsklage einzureichen. So weist Guldener⁹⁹ darauf hin, dass höchstpersönliche Rechte des Urteilsunfähigen vom gesetzlichen Vertreter nicht ausgeübt und daher auch nicht gerichtlich geltend gemacht werden können. Im gleichen Sinne hat sich auch das Bundesgericht in einem Entscheid vom 25. Juni 1942 ausgesprochen¹⁰⁰. Es führt unter anderem aus: „Die höchstpersönliche Natur der in Frage stehenden Rechte ist anzuerkennen und gibt den Ausschlag. Wie die Eingehung der Ehe, so muss auch eine Klage auf Scheidung auf persönlichem Willensentschluss des Ehegatten beruhen. Ohne solchen Entschluss darf die Scheidung in seinem Namen nicht begehrt werden, auch dann nicht, wenn der betreffende Ehegatte in der Frage der Gestaltung seiner Ehe urteilsunfähig ist und einen massgebenden Entschluss solcher Art gar nicht fassen kann.“ Die gegenteilige Ansicht vertreten Rossel et Mentha¹⁰¹ sowie der Appellationshof des Kantons Bern in einem Entscheid vom 5. Oktober 1929¹⁰². Mit Recht wird hier darauf aufmerksam gemacht, dass der Ausschluss der gesetzlichen Stellvertretung bei der Erhebung einer Scheidungsklage eine Sphäre der Rechtlosigkeit für den Urteilsunfähigen schaffen würde, da diese Rechte nicht ausgeübt werden könnten. Es wäre aber sinnlos, einen Scheidungsanspruch zuzuerkennen, zugleich aber die Möglichkeit, Klage zu erheben, abzulehnen. Aus diesen Gründen ist

⁹⁹ Bd. I S. 97 Ziff. 3; so auch Egger, Kommentar zu Art. 19 N 10 und zu Art. 143 N 5, Gmür, Kommentar zu Art. 144 N 8, Hinderling S. 123.

¹⁰⁰ BGE 68 II 144.

¹⁰¹ Rossel et Mentha a. a. O. Bd. I S. 251.

¹⁰² ZBJV 66 S. 514 = SJZ 28 S. 137.

die gesetzliche Stellvertretung für einen Urteilsunfähigen im Scheidungsprozess auch für die Klageerhebung zuzulassen. Der Eingriff in die höchstpersönlichen Rechte muss insoweit zulässig sein, als es die Fürsorgepflicht verlangt, was für einen gänzlich und dauernd Urteilsunfähigen kaum zu bezweifeln ist.

Getrennte Meinungen herrschen allerdings nur über die Zulässigkeit der Vertretung bei der Erhebung einer Scheidungsklage. Unbestritten ist somit die Prozessführungspflicht für den Handlungsunfähigen, wenn vom andern Ehegatten die Scheidungsklage eingereicht wird. So muss dem gesetzlichen Vertreter jedenfalls das Recht zugestanden werden, Abweisung der gegen seinen Schutzbefohlenen angehobenen Klage zu beantragen¹⁰³. In Bezug auf die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen steht ausser Zweifel, dass sie im Prozess nur vom gesetzlichen Stellvertreter geltend gemacht werden können.

§ 6. Das freie Dispositionsrecht der Parteien über die vermögensrechtlichen Ansprüche

Das freie Dispositionsrecht über die Geltendmachung der vermögensrechtlichen Ansprüche steht den Parteien im Scheidungsprozess insoweit zu, als keine öffentlichen Interessen berührt werden. So ist ein Verfahren über die Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsansprüche des berechtigten Ehegatten sowie über die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht zu eröffnen, sofern von den Parteien keine Anträge gestellt, die Begehren also nicht formuliert und begründet sind. Aber auch während des Prozesses steht den Parteien das freie Verfügungsrecht über diese Ansprüche zu, indem sie die Möglichkeit haben, durch Klagerückzug, Anerkennung der geforderten Beiträge oder durch Verzicht die Tätigkeit des Richters zu beenden¹⁰⁴. Auch gilt hier der allgemein im Zivilprozess anerkannte Grundsatz, dass der Richter an die Parteianträge gebunden ist und einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als diese selbst verlangt, noch weniger als der

¹⁰³ BGE 68 II 148.

¹⁰⁴ Pflegahrt in SJZ 14 S. 223.

Prozessgegner anerkannt hat^{105, 106}. Wie bereits oben¹⁰⁷ ausgeführt, findet die Bestimmung des Art. 158 Ziff. 3 ZGB, wonach Parteierklärungen für den Richter nicht verbindlich sind, hier keine Anwendung.

Keine freie Parteidisposition herrscht bei den Unterhaltsansprüchen der Kinder. Darüber ist von Amtes wegen zu erkennen¹⁰⁸. Das Wohl der Kinder erfordert, dass diese Ansprüche vom Gericht auch geregelt werden, wenn von den Ehegatten keine diesbezüglichen Anträge gestellt worden sind. Das Dispositionsrecht ist aber auch insofern eingeschränkt, als der Richter das Recht hat, im Interesse der Kinder, über die Parteibegehren hinauszugehen und einen höheren Unterhaltsbeitrag zuzusprechen, als von den Parteien verlangt oder anerkannt worden ist¹⁰⁹.

§ 7. Die prozessuale Geltendmachung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen

Die vermögensrechtlichen Ansprüche des schuldlosen Ehegatten sind im Scheidungsprozess selbst geltend zu machen¹¹⁰. In den meisten Fällen wird dies gleichzeitig mit dem Hauptbegehren geschehen, um eventuellen nach kantonalem Prozessrecht angeordneten Säumnisfolgen aus dem Wege zu gehen. Es erhebt sich hier aber die Frage, ob im Falle einer Unterlassung des gleichzeitigen Vorbringens eine nachträgliche Antragstellung noch möglich sei, oder ob die kantonalrechtlichen Präklusivfristen uneingeschränkt zur Anwendung gelangen können.

¹⁰⁵ Zürich 102 ZPO, Bern 202 ZPO, Luzern 259 Ziff. 6 ZPO, Uri 98 ZPO, Schwyz 157 ZPO, Glarus 232 ZPO, Zug 54 ZPO, Freiburg 113 ZPO, Schaffhausen 253 ZPO, St. Gallen 180 ZPO, Graubünden 134 ZPO, Aargau 2 ZPO, Thurgau 121 ZPO, Tessin 324 Ziff. 1 ZPO, Waadt 338 ZPO, Wallis 285 Ziff. 7 ZPO, Neuenburg 68 ZPO, Appenzell I. Rh. 117 ZPO, Solothurn 219 Ziff. 2 ZPO.

¹⁰⁶ Gmür, Kommentar zu Art. 158 N 15a; a.A. Schwander S. 105, Brandenberger S. 47.

¹⁰⁷ vgl. § 3 Ziff. III.

¹⁰⁸ Gmür, Kommentar zu Art. 156 N 13; Guldener, Bd. I S. 106.

¹⁰⁹ Egger, Kommentar zu Art. 156 N 18.

¹¹⁰ vgl. dazu § 8.

I. Die Zulässigkeit selbständig vorgebrachter Nebenbegehren

Geht man davon aus, dass die vermögensrechtlichen Nebenfolgen im Scheidungsprozess selbst geltend zu machen sind, so müssen solche Begehren auch selbständig im Verlaufe des Verfahrens angebracht werden können. Einer verbotenen Klageänderung kann dies insofern nicht gleichkommen, als diese Ansprüche konnexer Natur sind. Würde man in diesem Nachbringen eine unstatthafte Erweiterung des Hauptbegehrens sehen, so würde man sich in Widerspruch mit der *ratio legis* stellen, denn es liegt im Willen des ZGB, dass die vermögensrechtlichen Nebenfolgen im Scheidungsprozess selbst beurteilt werden sollen¹¹¹. Fraglich bleibt aber, wie lange diese Begehren noch angebracht werden können, in concreto also, ob die in den kantonalen Prozessgesetzen vorgesehenen Säumnisfolgen anwendbar sind. Auch bei der Beantwortung dieser Frage ist wiederum davon auszugehen, dass der Zusammenhang zwischen dem Haupt- und dem Nebenbegehren derart eng ist, dass die Einheit des Scheidungsverfahrens gewahrt werden muss. Dieser Grund zwingt aber dazu, von den Säumnisfolgen abzusehen und ein Anbringen der Nebenbegehren noch bis zur Urteilsfällung in der Hauptsache zuzulassen¹¹². Es ist hier allerdings auch an den Fall einer Totalversäumnis zu denken. Hier ist unseres Erachtens die Grenze zu ziehen und auch Anträge in Bezug auf die ökonomischen Scheidungsfolgen nicht mehr zu hören.

Anderer Auffassung ist allerdings das Obergericht des Kantons Zürich, das in einem Entscheid vom 14. Juni 1944¹¹³ die Ansicht vertritt, dass in rein vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung für den Richter kein Anlass bestehe, von Amtes wegen über prozessuale Säumnisfolgen hinwegzugehen und einer säumigen Partei die nach den prozessualen Vorschriften verwirkten Rechte weiterhin zu gewähren. Es wird als Begründung angeführt, dass die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen sich ihrer Natur nach kaum von gewöhnlichen Forderungsansprüchen unterscheiden,

¹¹¹ BGE 77 II 18 ff.

¹¹² Egger, Kommentar zu Art. 151 N 9, Sulzer S. 35/36, SJZ 26 S. 159; abweichend Picot in ZSR NF 48 S. 66a.

¹¹³ BIZR 43 Nr. 183.

womit aber auch nicht einzusehen sei, dass die Säumnisfolgen nicht eintreten sollten. Diese Auffassung scheint die Folge der Verhandlungsmaxime und eines allzu starken prozessualen Formalismus, wobei aber u. E. die Rechtsnatur dieser Ansprüche zu wenig berücksichtigt wird.

Ein Nachbringen von Anträgen bezüglich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen muss auf jeden Fall immer dann zulässig sein, wenn der Richter es unterlassen hat, die Parteien zu veranlassen, die betreffenden Begehren rechtzeitig zu stellen, denn wenn die ökonomischen Nebenfolgen im Scheidungsverfahren selbst beurteilt werden sollen, dann ist es auch Pflicht des Richters darauf hinzuwirken, dass sie rechtzeitig gestellt werden. Unterlässt er eine solche Aufforderung, so liegt ein Verfahrensmangel vor, auf den sich die Parteien noch bis zur Urteilsfällung berufen und die diesbezüglichen Anträge nachbringen oder den sie mit Rechtsmitteln rügen können.

Ohne Zweifel muss der Richter in jedem Prozessstadium noch Anträge bezüglich der Unterhaltsansprüche der Kinder entgegennehmen. Dies ergibt sich schon daraus, dass im Interesse der Kinder und der Allgemeinheit die Massnahmen zu Gunsten der Kinder von Amtes wegen, also selbst ohne Anträge, zu ergehen haben.

II. Die Zulässigkeit des Anbringens von Nebenbegehren in Verbindung mit einer Scheidungswiderklage

In Doktrin und Rechtsprechung wird heute allgemein die Auffassung vertreten, dass eine Scheidungswiderklage noch in jedem Stadium des Prozesses zu hören sei, insofern wenigstens der Beklagte erst im Verlaufe des Verfahrens seinerseits einen Scheidungsgrund geltend machen könne¹¹⁴. Als Folge davon muss man dem Widerkläger auch gestatten, die mit dem Hauptbegehren konnexen Ansprüche nachzubringen oder abzuändern, sofern er

¹¹⁴ Hinderling S. 129 ff.; Leuch a. a. O. N 9 zu Art. 166 und N 4 zu Art. 160 ZPO; Guldener, Bd. II S. 414/415; SJZ 37 S. 329, 39 S. 330, 44 S. 159; BlZR 48 Nr. 62, 48 Nr. 63, 50 Nr. 160.

solche schon zu einem früheren Zeitpunkt geltend gemacht hat, denn es würde eine Kürzung seiner ihm von Gesetzes wegen zustehenden Forderungen bedeuten, könnte er solche nicht mehr anbringen, insbesondere dann, wenn er diese im Verlaufe des Prozesses noch nicht stellte, da er mit einer Abweisung der Scheidungsklage rechnete ¹¹⁵.

Eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich aber bei den güterrechtlichen Ansprüchen ¹¹⁶. Die Auflösung des Güterstandes erfolgt bei der Scheidung ohne Rücksicht auf das Verschulden und in jedem Fall, da das Eheband zerrissen wird. Die Voraussetzungen für die güterrechtlichen Ansprüche ändern sich somit nicht, wenn der eine Ehegatte eine Scheidungswiderklage einreicht, womit aber auch kein Grund vorhanden ist, eine Abänderung der schon im früheren Verfahren angebrachten Begehren zuzulassen. Zulässig ist allerdings eine erstmalige Geltendmachung der güterrechtlichen Ansprüche mit einer Scheidungswiderklage, insofern der Widerkläger also bis zu diesem Zeitpunkt noch keine solchen Begehren angebracht hat.

III. Die Zulässigkeit von in zweiter Instanz gestellten Nebenbegehren

Aus dem sub Ziffer I und II gesagten geht unmissverständlich hervor, dass neue oder abgeänderte Begehren auch bezüglich derjenigen Nebenfolgen, die grundsätzlich der Verhandlungsmaxime unterliegen, noch in appellatorio rechtsgültig angebracht werden können ¹¹⁷. Das Obergericht des Kantons Zürich nimmt allerdings auch hier einen abweichenden Standpunkt ein. Lange war seine Praxis nicht gefestigt und schien sich in der Richtung zu bewegen, dass Nebenbegehren ökonomischer Art auch noch in zweiter Instanz zu hören seien, sofern sie in der in § 317 der zürcherischen ZPO statuierten Novenfrist angebracht würden ¹¹⁸. Eindeutig ist

¹¹⁵ SJZ 26 S. 159.

¹¹⁶ Sulzer S. 34.

¹¹⁷ Guldener, Bd. II S. 414.

¹¹⁸ BIZR 40 Nr. 77c, 43 Nr. 183, 48 Nr. 161; vgl. dazu auch Kehl in SJZ 46 S. 290 ff.

nun aber ein Entscheid der I. Kammer vom 16. September 1948 ¹¹⁹, wo ausgeführt wird, dass materielle Begehren, soweit sie die güterrechtlichen Ansprüche oder solche aus Art. 151/152 ZGB betreffen, als verspätet zu betrachten seien, wenn sie erst in der erstinstanzlichen Schlussverhandlung oder vor zweiter Instanz gestellt würden. Diese Auffassung lässt sich aber daher nicht teilen, da sie der Natur dieser Ansprüche zu wenig gerecht wird.

§ 8. Die Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen im Scheidungsverfahren

Zur Beurteilung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen ist, wie schon oben ¹²⁰ ausgeführt, nur der Scheidungsrichter kompetent. Es erhebt sich in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob deren Regelung im gleichen Verfahren zu geschehen hat, wie die Behandlung der Scheidungsklage an sich, oder ob dazu ein getrenntes Verfahren eröffnet werden darf.

I. Überblick über die Regelung nach dem BGZuE

Eine eindeutige Lösung fand sich in dem vor dem Inkrafttreten des ZGB geltenden „Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Christmonat 1874“ ¹²¹. Dieses bestimmt im Art. 49 folgendes:

Abs. 1: „Die weiteren Folgen der Ehescheidung oder der Scheidung von Tisch und Bett in Betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichtes der Kinder und der dem schuldigen Theile aufzuerlegenden Entschädigungen sind nach der Gesetzgebung des Kantons zu regeln, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unterworfen ist.“

¹¹⁹ BlZR 50 Nr. 161; so auch BlZR 19 Nr. 143, 30 Nr. 10, 43 Nr. 201.

¹²⁰ vgl. I. Kapitel § 4.

¹²¹ AS NF Bd. I S. 506 ff.

Abs. 2: „Das Gericht entscheidet über diese Fragen von Amtes wegen oder auf Begehren der Parteien zu gleicher Zeit wie über die Scheidungsklage.“

Aus dem Wortlaut der zitierten Gesetzesbestimmung geht hervor, dass der Richter über die in Abs. 1 genannten Folgen der Scheidung zu gleicher Zeit abzusprechen hat wie über die Hauptsache. Das Bundesgericht macht dazu geltend, dass es sich in Art. 49 Abs. 2 BGZuE nicht um dispositives Recht handle, was schon aus dem imperativen Wortlaut zu schliessen sei¹²². Desgleichen wird durchwegs die Auffassung vertreten, dass die Nebenfolgen sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht als Akzessorium der Scheidungsklage zu betrachten seien, und der Richter schon aus diesem Grunde nicht das Recht habe, deren Behandlung ad separatum zu verweisen, sondern von Amtes wegen darauf zu achten habe, dass sie im Scheidungsprozess selbst und zwar gleichzeitig wie die Hauptsache erledigt werden¹²³. Allerdings finden sich bereits zur Zeit des BGZuE in einzelnen kantonalen Gesetzen Ausführungsbestimmungen, die für die güterrechtliche Auseinandersetzung, besonders im Falle komplizierter güterrechtlicher Verhältnisse, ein separates Verfahren vorsehen¹²⁴. Das Bundesgericht hat diese Verweisung ad separatum gebilligt, mit dem Hinweis, dass dadurch der akzessorische Charakter nicht verloren gehe, sondern, dass es sich dabei nach wie vor um einen Bestandteil der Hauptklage handle¹²⁵.

II. Die Regelung im geltenden Recht

*A. Die grundsätzliche Unzulässigkeit eines separaten Verfahrens*¹²⁶

Im Gegensatz zum BGZuE enthält das ZGB keine ausdrückliche Vorschrift, die bestimmt, ob eine Teilung des Scheidungs-

¹²² BGE 9, 89.

¹²³ BGE 18, 67; vgl. auch BGE 3, 388; 4, 170; 8, 518.

¹²⁴ vgl. dazu Willwoll S. 21 und die dort zitierten Gesetze.

¹²⁵ BGE 18, 67.

¹²⁶ Es ist hier nur an den Fall gedacht, dass das Gericht selbst, entweder von Amtes wegen oder auf Parteiantrag, die vermögensrechtlichen Ansprüche in ein separates Verfahren verweist; Konsequenzen, die sich im einzelnen ergeben, wenn die Parteien diese Ansprüche in einem separaten Prozess geltend machen wollen, vgl. § 9 über das Nachverfahren.

prozesses in ein Hauptverfahren und ein Nebenverfahren zulässig ist. Es lässt sich aber mittelbar aus dem Gesetz doch entnehmen, dass eine Trennung nicht im Sinne des Gesetzgebers lag. So stehen die Nebenfolgen der Scheidung ganz allgemein unter dem Marginalen „C. Urteil“, woraus sich ergibt, dass der Entscheid über die Hauptsache und die Ordnung der Nebenfolgen zusammengehören. Es ist unzweifelhaft, dass in denjenigen Bestimmungen, die die weiteren Folgen der Scheidung ordnen und in denen von Urteil gesprochen wird ¹²⁷, nur das Scheidungsurteil gemeint sein kann ¹²⁸.

Aber auch weitere Gründe geben Veranlassung zur gemeinsamen Behandlung:

Die ökonomischen Scheidungsfolgen stehen mit der Auflösung der Ehe in einem so engen Zusammenhang, dass die gleichzeitige Regelung eine Forderung der Prozessökonomie bedeutet, zumal es die sicherste Lösung ist, um zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil zu gelangen.

Da der Entscheid über die Schuld an der Ehescheidung für die Beurteilung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen von ausschlaggebender Bedeutung ist, deren Feststellung aber nur in die Erwägungen und nicht ins Urteilsdispositiv aufgenommen wird, entsteht bei einer Verweisung ad separatum die Gefahr, dass bezüglich der Schuldfrage zwei sich widersprechende Urteile ergehen. Die Parteien hätten nämlich in einem neuen Verfahren die Möglichkeit, neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel in den Prozess einzuführen. Eine gewisse Rechtsunsicherheit wäre hier kaum zu vermeiden ¹²⁹.

Aber auch die rein persönlichen Interessen der Parteien sprechen gegen eine Trennung der Verfahren, indem auch sie selbst die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen mit Abschluss des Hauptverfahrens geregelt wissen wollen und nicht gewillt sind, noch lange Prozesse zu führen in Scheidungsangelegenheiten, nachdem das die Ehe auflösende Urteil ergangen ist.

¹²⁷ Art. 149 Abs. 2, Art. 150 Abs. 1, Art. 153 Abs. 1 ZGB.

¹²⁸ BGE 77 II 19.

¹²⁹ BGE 77 II 21.

*B. Die Zulässigkeit der Verweisung
der güterrechtlichen Auseinandersetzung ad separatum*

Das Bundesgericht hat als zulässig erklärt, die güterrechtliche Auseinandersetzung in ein besonderes Verfahren zu verweisen, indem es die sachliche Verbindung hier als weniger eng bezeichnet¹³⁰. Immerhin hat es dabei festgestellt, dass es als Wille des ZGB zu gelten habe, dass diese Auseinandersetzung im Scheidungsprozess selbst vorgenommen werde¹³¹. Diese grundsätzlich gemeinsame Behandlung ist sicherlich zu bejahen, da sich auch die güterrechtliche Auseinandersetzung als Folge der Auflösung der Ehe darstellt und oft präjudiziell für die Berechnung der anderen vermögensrechtlichen Nebenfolgen ist¹³².

Zulässig erscheint eine Verfahrenstrennung höchstens dann, wenn es sich um komplizierte güterrechtliche Verhältnisse handelt, die den Scheidungsprozess ungebührlich verzögern würden, denn es rechtfertigt sich nicht, die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft bis zur Erledigung der güterrechtlichen Liquidation aufzuschieben¹³³. Ist aber eine separate Regelung aus praktischen Gründen angebracht, so ist darauf zu achten, dass die gesamte güterrechtliche Auseinandersetzung in das getrennte Verfahren verwiesen wird, da es sonst leicht zu Ungleichheiten bei der Vollstreckung kommen könnte¹³⁴. Bei der späteren güterrechtlichen Auseinandersetzung ist auch wesentlich, dass sie auf den Zeitpunkt der Eheauflösung abzustellen hat und nicht auf den der Klageerhebung oder den der Auseinandersetzung¹³⁵.

Aus der Praxis geht hervor, dass in den meisten Kantonen die güterrechtliche Liquidation im Scheidungsprozess selbst erfolgt. Einzig im Kanton Solothurn herrscht die Regel der separaten Behandlung¹³⁶.

¹³⁰ BGE 38 II 55, 44 II 453, 62 II 167.

¹³¹ BGE 69 II 214, 77 II 22.

¹³² Huber S. 75; Blocher in ZSR NF 36 S. 256.

¹³³ Huber S. 76.

¹³⁴ vgl. einen Entscheid des Obergerichtes des Kt. Thurgau in SJZ 28 S. 59, wo ausgeführt wird, dass es nicht angehe, die Ansprüche einer Partei gutzuheissen und die illiquiden Forderungen einem besonderen Verfahren vorzubehalten, da sonst die erste Partei einen Rechtsöffnungstitel erhalten würde und ihre Forderungen vollstrecken lassen könnte, während die Gegenpartei im Separatprozess in die Rolle des Klägers gedrängt würde und u. U. beim Obsiegen wegen Zahlungsunfähigkeit des Gegners leer ausgehen müsste.

¹³⁵ Huber S. 76; Blocher a. a. O. S. 259.

§ 9. Das Nach- oder Ergänzungsverfahren

Aus dem engen Zusammenhang zwischen der Scheidung und den vermögensrechtlichen Nebenfolgen ergibt sich die notwendige Konsequenz, dass der Richter über beide Begehren im gleichen Verfahren zu erkennen hat. Wie verhält es sich nun aber, wenn dies aus irgendwelchen Gründen nicht geschehen ist? Haben die Parteien die Möglichkeit, diesbezüglich ein neues Verfahren einzuleiten, oder muss ein solches als unzulässig zurückgewiesen werden?

I. Die Zulässigkeit eines Nachverfahrens¹³⁷

Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Nachverfahrens lässt sich nicht ohne weiteres für alle vermögensrechtlichen Nebenfolgen in gleicher Weise festlegen, sondern sie muss vielmehr an Hand jeder einzelnen geprüft werden. Zweckdienlich erscheint dabei eine Unterteilung in drei Gruppen, nämlich in die Unterhaltsansprüche der Kinder, in die güterrechtliche Auseinandersetzung und in die Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsansprüche der Ehegatten.

A. Die Unterhaltsansprüche der Kinder

Bei dieser vermögensrechtlichen Nebenfolge dürfte es wohl am ehesten unzweifelhaft sein, ein Nachverfahren zuzulassen, wenn es der Richter unterlassen hat, eine urteilsmässige Ordnung zu treffen. Das öffentliche Interesse und das Wohl der Kinder verlangen hier gebieterisch eine Regelung. Eine nachträgliche Behandlung sollte hier aber umso weniger in Frage kommen, da der Richter diese Nebenfolgen von Amtes wegen zu ordnen hat, auch wenn keine diesbezüglichen Parteianträge vorliegen¹³⁸.

¹³⁶ Rechenschaftsbericht des solothurnischen Obergerichtes 1936 S. 197; vgl. dazu Sulzer S. 37/38.

¹³⁷ Unter einem Nach- oder Ergänzungsverfahren wird hier ein Verfahren verstanden, das ohne ein Sühnverfahren direkt beim Scheidungsrichter anhängig gemacht wird.

¹³⁸ Hartmann S. 48.

Weist das Scheidungsurteil aber dennoch eine Lücke in Bezug auf diese Unterhaltsansprüche auf, so muss darauf gehalten werden, dass ein Nachverfahren von Amtes wegen angesetzt wird, da es undenkbar ist, in dieser Materie den Parteien freies Spiel zu geben, was fortwährend zu Streitigkeiten führen würde, die die Erziehung des Kindes schwer beeinträchtigen müssten^{139, 140}.

B. Die güterrechtliche Auseinandersetzung

Es hat als Wille des ZGB zu gelten, dass die Regelung der güterrechtlichen Ansprüche im gleichen Verfahren vorgenommen wird wie die Scheidungsklage an sich¹⁴¹. Wie schon oben ausgeführt¹⁴², besteht hier allerdings die Möglichkeit, aus praktischen Erwägungen, die Behandlung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren zu verweisen. Die vorerwähnten Gründe zwingen aber dazu, grundsätzlich dem Richter anheimzustellen, eine solche Trennung vorzunehmen, wenn es ihm als zweckmässig erscheint. Ein Nachverfahren rechtfertigt sich aber auch dann, wenn die güterrechtlichen Ansprüche aus irgendeinem Grunde in Vergessenheit geraten sind, sei es auf Seiten der Parteien oder des Richters. Nicht zuzulassen ist ein Nachverfahren aber, wenn die Ehegatten im Scheidungsprozess mit Absicht keine diesbezüglichen Anträge gestellt haben, da dies der ratio legis unzweifelhaft entgegenstehen würde¹⁴³. Allerdings gehen auch in einem solchen Fall die Ehegatten ihres Eigentums, das ihnen nach Art. 154 ZGB zusteht, nicht etwa verlustig, denn wenn ein Ehegatte schon Eigentümer ist, kann er dieses auch ausserhalb des Scheidungsprozesses geltend machen¹⁴⁴. Dies muss aber im ordent-

¹³⁹ Stauffer, Diss. S. 41.

¹⁴⁰ Zu einem Nachverfahren muss es notwendigerweise kommen, wenn das Gericht es unterlassen hat, über die elterliche Gewalt zu entscheiden und die Rechtsmittelfristen abgelaufen sind.

¹⁴¹ BGE 77 II 22.

¹⁴² vgl. § 8 Ziff. II lit. B.

¹⁴³ Einen abweichenden Standpunkt nimmt Stauffer in seiner Diss. S. 42/43 ein, indem er ein Nachverfahren bezüglich der güterrechtlichen Auseinandersetzung schlechthin als zulässig erachtet.

¹⁴⁴ Auch güterrechtliche Ersatzforderungen müssen so behandelt werden.

lichen Verfahren geschehen¹⁴⁵ und ist ein Nachverfahren beim Scheidungsrichter ausgeschlossen¹⁴⁶.

C. Die Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsansprüche des schuldlosen Ehegatten

Alle diese Ansprüche stehen mit der Regelung der Schuldfrage in einem so engen Zusammenhang, dass man leicht geneigt sein könnte, ein Nachverfahren als grundsätzlich unzulässig zu erklären. Unseres Erachtens sind aber auch bei diesen ökonomischen Scheidungsfolgen die näheren Umstände zu prüfen, die dazu geführt haben, dass der Scheidungsrichter die Beurteilung nicht im Scheidungsprozess selbst vorgenommen hat. Grundsätzlich nicht zuzulassen ist ein Nachverfahren dann, wenn feststeht, dass die Parteien absichtlich auf die Geltendmachung finanzieller Ansprüche verzichtet haben, indem sie keine diesbezüglichen Anträge stellten. Allerdings ist darauf zu achten, dass es wirklich Parteiwille war, auf die Regelung dieser Ansprüche im Urteil zu verzichten¹⁴⁷. Dies lässt sich leicht feststellen, indem der Richter von seinem Fragerecht Gebrauch macht, um die Parteien auf die noch fehlenden Anträge hinzuweisen. Zeigt es sich aber, dass die vermögensrechtlichen Ansprüche in entschuldbarer Weise von den Parteien nicht geltend gemacht wurden¹⁴⁸, und somit ein Verzicht gar nicht in deren Willen lag, so ist ein Nachverfahren zuzulassen, zumal der schuldlose Ehegatte sonst keine Möglichkeit mehr hätte, die ihm von Gesetzes wegen zustehenden Ansprüche auf andere Weise durchzusetzen¹⁴⁹.

Wohl am meisten wird die Unzulässigkeit eines Nachverfahrens mit der Lehre über den Parteibetrieb und die Rechtskraft-

¹⁴⁵ Dieses Verfahren wird auch etwa als Nachverfahren i. w. S. bezeichnet; so in BIZR 50 Nr. 74.

¹⁴⁶ Abweichend BIZR 50 Nr. 74, wo festgestellt wird, dass den Parteien beide Verfahren zur Verfügung stehen.

¹⁴⁷ Egger, Kommentar zu Art. 158 N 16; SJZ 46 S. 258 ff.

¹⁴⁸ z. B. aus Rechtsunkenntnis; vgl. dazu Stauffer, Diss. S. 44/45, dann auch Hartmann S. 47.

¹⁴⁹ a. A. Grendelmeyer S. 152.

wirkung des Urteils begründet¹⁵⁰. Diese Argumentation scheint insofern bedenklich, als hier die formellen Grundsätze über die materiellen Interessen der Parteien gestellt werden. Ganz sicher unrichtig ist es, gegen ein Nachverfahren die Einrede der *res iudicata* geltend zu machen, denn das Scheidungsurteil ist nur bezüglich jener Punkte in Rechtskraft erwachsen, über die der Richter tatsächlich entschieden hat und nicht auch über jene, über die er in der Regel hätte entscheiden sollen¹⁵¹.

D. Die nachträgliche Genehmigung von Parteivereinbarungen

Es stellt sich hier noch die Frage, ob die Genehmigung einer Parteivereinbarung in Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen, die vor oder während des Scheidungsprozesses abgeschlossen, dem Richter aber nicht vorgelegt wurde, in einem Nachverfahren nachgeholt werden dürfe. So wie ein Nachverfahren allgemein nur zulässig erscheint, wenn es nicht im Willen der Parteien lag, auf die Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche zu verzichten und wenn die Urteilsücke auf ein Versehen des Richters zurückzuführen ist, darf auch ein Nachverfahren, das die nachträgliche Genehmigung einer Scheidungskonvention zum Gegenstand hat, nur aus diesen Gründen zugelassen werden. So ist hier etwa an den Fall zu denken, dass es einem Ehegatten gelingt, durch Täuschung, den anderen von der Einholung der richterlichen Genehmigung abzuhalten oder dass sonst die Parteien aus Rechtsunkenntnis die Vereinbarung dem Richter nicht zur Genehmigung vorgelegt haben. In einem solchen Fall muss die nachträgliche Genehmigung zulässig sein. Lässt man aber ein Nachverfahren zu, wenn die Parteien in entschuldbarer Weise ihre Konvention dem Gerichte nicht bekanntgegeben haben, so muss dies noch viel eher gelten für den Fall, dass der Richter aus Versehen die Genehmigung nicht erteilt hat, denn die Parteien haben diesfalls getan, was von ihnen zu erwarten war. Eine nachträgliche Genehmigung einer Parteivereinbarung ist aber dann nicht zuzulassen, wenn eindeutig festgestellt werden kann,

¹⁵⁰ BGE 47 II 373; SJZ 45 S. 347; Grendelmeyer S. 151 ff.

¹⁵¹ BGE 44 I 156; Schwander S. 112.

dass die Parteien absichtlich auf die richterliche Genehmigung im Scheidungsprozess verzichtet haben, insofern sie also mit Absicht dem Scheidungsrichter ihre Konvention vorenthalten haben. Die absichtliche Täuschung des Richters soll damit bestraft werden, dass solche Parteivereinbarungen nicht mehr genehmigt und damit auch nicht rechtsgültig werden ¹⁵².

II. Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters

Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters zur nachträglichen Beurteilung ergibt sich ohne weiteres aus dem engen Zusammenhang dieser Ansprüche mit der Hauptsache ¹⁵³, ¹⁵⁴. Die Nebenfolgen sind eine notwendige Konsequenz der Scheidung und damit aber auch ein integrierender Bestandteil des Scheidungsurteils. Die nachträgliche Ergänzung eines lückenhaften Scheidungsurteils ist als ein Teil des Scheidungsverfahrens selbst anzusehen ¹⁵⁵, denn die in der Natur der Sache liegende rechtliche Einheit geht nicht verloren, auch wenn die Regelung in zeitlich getrennten Verfahren vorgenommen wird. Als weiteres Argument lässt sich noch anführen, dass nur der Scheidungsrichter die nötige Übersicht über die Grundlagen hat, die allein eine der materiellen Rechtslage entsprechende Beurteilung verspricht.

III. Die Ergänzung ausländischer Scheidungsurteile

Das Problem eines Nachverfahrens bezüglich der Nebenfolgen stellt sich nicht nur im internen schweizerischen Recht, sondern auch im internationalen Ehescheidungsrecht.

Der schweizerische Scheidungsrichter ist auch bei einem internationalrechtlichen Scheidungsfall zur Regelung der Nebenfolgen

¹⁵² vgl. Hartmann S. 49.

¹⁵³ Staufer, Diss. S. 47; Obergericht des Kr. Zürich in SJZ 46 S. 258 ff.

¹⁵⁴ Güterrechtliche Ansprüche können oder müssen unter Umständen sogar am ordentlichen Gerichtsstand vindiziert werden; vgl. S. 54.

¹⁵⁵ Schwander S. 114.

zuständig, was sich aus dem rechtlichen Zusammenhang der Hauptsache mit der Nebensache ergibt¹⁵⁶. Ohne Bedenken darf man daher auch bei internationalrechtlichen Scheidungen in der Schweiz ein Nachverfahren zulassen, sofern ein solches aus wichtigen Gründen¹⁵⁷ gerechtfertigt erscheint¹⁵⁸.

Komplizierter liegen die Verhältnisse aber dann, wenn die Scheidungsklage selbst nicht von einem schweizerischen Gericht beurteilt wurde. Grundsätzlich muss in solchen Fällen ein Nachverfahren in der Schweiz als unzulässig erklärt werden, denn es geht nicht an, nur die Regelung der Nebenfolgen einem schweizerischen Gericht zu übertragen, da die rechtliche Einheit auch bei internationalrechtlichen Scheidungsfällen gewahrt bleiben muss¹⁵⁹. Zudem fehlen dem schweizerischen Richter diesfalls die nötigen tatsächlichen Grundlagen, was dazu führen müsste, den ganzen Scheidungsprozess nur wegen der Beurteilung der Nebenfolgen nochmals aufleben zu lassen. Dies widerspricht aber fundamentalen Grundsätzen der Prozessökonomie.

Diese prinzipielle Unzulässigkeit eines Nachverfahrens betreffend der Nebenfolgen erleidet aber dann eine Ausnahme, wenn dem Kläger im Ausland kein forum zur Verfügung gestellt wird¹⁶⁰, sei es, dass der schuldige Ehegatte sein Domizil nach der gerichtlichen Auflösung der Ehe in die Schweiz verlegt hat, oder aber schweizerische Ehegatten im Ausland ihre Nebenfolgebegehren gar nicht geltend machen können. Würde man auch in einem solchen Fall, wo der ausländische Gerichtsstand verschlossen ist, an der Unzulässigkeit eines Nachverfahrens in der Schweiz festhalten, so sähe sich die berechtigte Partei einer eigentlichen Rechtlosigkeit ausgesetzt¹⁶¹, da sie nirgends die Möglichkeit hätte, ihre Ansprüche klageweise anzubringen. Unter solchen Umständen muss daher dem Kläger der schweizerische Gerichtsstand am Wohnsitze des Beklagten oder gegebenenfalls derjenige des Heimatortes

¹⁵⁶ Stauffer, Diss. S. 98; Über die Frage der Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile in der Schweiz bezüglich der Nebenfolgen vgl. Gautschi in SJZ 26 S. 21 ff., dann auch Ganz S. 79.

¹⁵⁷ vgl. Ziff. I oben.

¹⁵⁸ Stauffer, Diss. S. 102.

¹⁵⁹ BGE 62 II 265, 54 II 87; SJZ 14 S. 147.

¹⁶⁰ BGE 62 II 265, 54 II 89, 52 II 97; SJZ 32 S. 183; Stauffer, Diss. S. 102/103.

¹⁶¹ Stauffer in SJZ 23 S. 163.

zur Verfügung gestellt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass für die Zulässigkeit eines solchen Ausnahmenachverfahrens im weiteren genau dieselben Voraussetzungen gegeben sein müssen wie für ein Nachverfahren im internen schweizerischen Recht¹⁶². So ist eine Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils sicherlich nicht zulässig, wenn die Parteien im Hauptverfahren absichtlich keine Anträge gestellt haben, weil sie vielleicht vom schweizerischen Richter eine günstigere Regelung erhofften.

Allerdings erheben sich bei einem solchen Nachverfahren auch gewisse Bedenken. Da die Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen weitgehend von der Schuld an der Scheidung abhängt, ist der schweizerische Richter verpflichtet, die Schuldfrage selbst zu beurteilen. Dies könnte aber dazu führen, dass bezüglich der Schuldfrage zwei sich widersprechende Urteile ergehen¹⁶³, was sicherlich dem Ansehen der Gerichte nicht förderlich wäre. Wo es aber um die Frage der Rechtlosigkeit einer Partei geht, dürfte es zweifellos ohne Bedenken sein, die materiellen Interessen der Parteien höher zu bewerten als diese formellrechtlichen Gründe.

§ 10. Die Rechtsmittel

Das Scheidungsurteil kann mit Bezug auf die in ihm geregelten vermögensrechtlichen Nebenfolgen mit allen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden¹⁶⁴, sofern die nötigen Voraussetzungen gegeben sind. In weitaus den meisten Fällen werden hier wohl die kantonalrechtliche Berufung und bei Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges die Berufung ans Bundesgericht als ordentliche und die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision als ausserordentliche Rechtsmittel zur Anwendung kommen, so dass wir uns auf deren Behandlung beschränken können.

¹⁶² vgl. Ziff. I oben.

¹⁶³ Stauffer, Diss. S. 104.

¹⁶⁴ vgl. Grendelmeyer S. 154 ff., Landolt S. 108.

I. Die kantonalrechtliche Berufung

Die Anfechtung des erstinstanzlichen Ehescheidungsurteils hinsichtlich der ökonomischen Scheidungsfolgen geschieht im allgemeinen mit der Berufung an das kantonale Obergericht. Sofern die notwendigen Rechtsmittelvoraussetzungen der Legitimation, der Fristeinhaltung, der Beschwer und der bestimmten Streitwerthöhe vorhanden sind, steht der Berufung nichts entgegen. Fraglich bleibt aber, ob die Berufung auch dann zuzulassen ist, wenn die in den kantonalen Prozessgesetzen vorgesehene Streitwerthöhe nicht erreicht ist. Die kantonalen Prozessordnungen sehen im allgemeinen eine Befreiung vom Streitwert nur vor, wenn der Prozessgegenstand seiner Natur nach einer vermögensrechtlichen Schätzung nicht unterliegt¹⁶⁵. Dies trifft ohne weiteres zu für das Scheidungsurteil bezüglich des Hauptpunktes, der Scheidung an sich, nicht aber für die im Scheidungsurteil geregelten vermögensrechtlichen Nebenfolgen, die einen schätzbaren Geldwert darstellen. Mit einer gewissen Berechtigung könnte man daher geneigt sein, eine Berufung gegen die ökonomischen Scheidungsfolgen nur dann als zulässig zu erklären, wenn der genügende Streitwert erreicht ist. Die Natur dieser Ansprüche fordert aber auch in diesem Fall eine Ausnahme. Die enge Verbundenheit der vermögensrechtlichen Nebenfolgen mit der Scheidungsklage, die schon dazu geführt hat, dass diese im gleichen Verfahren, vom gleichen Richter und im gleichen Urteil geregelt werden müssen, zwingt auch dazu, für die Haupt- und die Nebensache die gleichen Rechtsmittelvoraussetzungen anzuerkennen. Das Scheidungsurteil muss rechtlich als ein einheitliches Gebilde aufgefasst werden und ist in seiner Gesamtheit nicht vermögensrechtlicher Natur, so dass der Streitwert auch bei einer teilweisen Berufung keine Bedeutung haben kann.

Die Einlegung der Berufung hemmt die Rechtskraft des Scheidungsurteils. Richtet sich die Berufung nur gegen die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung, so dürfte es ohne Bedenken sein, die Auflösung der Ehe mit Ablauf der Rechtsmittelfrist

¹⁶⁵ Zürich 314 Ziff. 1 ZPO, Bern 335 ZPO, Luzern 244 ZPO, Uri 273 Abs. 2 ZPO, Schwyz 426 Abs. 2 ZPO, Zug 200 Abs. 1 ZPO, Solothurn 218, 54 ZPO, Basel-Stadt 220 ZPO, Aargau 16, 319 ZPO, Thurgau 65 Ziff. 2, 62 ZPO.

als rechtskräftig zu erklären, insofern wenigstens nach den kantonalen Prozessgesetzen die Rechtskraft eines Urteils nur im Umfange der Anträge gehemmt wird¹⁶⁶. Nach zürcherischem Recht bezieht sich der Suspensiveffekt aber auf das ganze Scheidungsurteil¹⁶⁷, was aus dem Wortlaut des § 316 ZPO hervorgeht und sich im weiteren daraus ergibt, dass gemäss § 322 Abs. 2 ZPO eine Erweiterung der Berufung nach Ablauf der Berufungsfrist zulässig ist¹⁶⁸. Dies wäre aber nicht mehr möglich, wenn einzelne Punkte des Scheidungsdispositivs mit Ablauf der Berufungsfrist in Rechtskraft erwachsen würden. Sind also nur die vermögensrechtlichen Nebenfolgen Gegenstand der Berufung, so bestimmt sich der Rechtskrafteintritt der Hauptsache nach kantonalem Recht.

Anders liegen die Dinge aber, wenn die Scheidung an sich angefochten wird. Das Wesen der vermögensrechtlichen Nebenfolgen fordert diesfalls, dass der Suspensiveffekt sich auf das ganze Urteil bezieht, denn solange über die Hauptsache nicht rechtskräftig entschieden ist, kann auch die Nebensache nicht in Rechtskraft erwachsen, da noch nicht feststeht, ob überhaupt in zweiter Instanz die Scheidung ausgesprochen wird. Da der Entscheid über die ökonomischen Scheidungsfolgen weitgehend von der Beurteilung der Schuldfrage abhängig ist, muss auch die Möglichkeit bestehen, ihnen im Laufe des Prozesses in der Berufungsinstanz noch gerecht zu werden¹⁶⁹.

II. Die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision

Es besteht auch im Ehescheidungsprozess die Möglichkeit, dass eine Entscheidung unter schwerwiegenden Mängeln leidet und daher von einer Partei mit der Nichtigkeitsbeschwerde oder mit

¹⁶⁶ SJZ 38 S. 282, 45 S. 361.

¹⁶⁷ So auch nach: Thurgau, vgl. Rechenschaftsbericht des thurgauischen Obergerichts 1943 Nr. 18; Luzern, vgl. Entscheidungen des Obergerichts des Kt. Luzern Bd. VII S. 408; Schaffhausen 344 ZPO; Neuenburg 381, 379 ZPO. vgl. auch BGE 62 II 271.

¹⁶⁸ BlZR Nr. 26 1, 50 Nr. 156; Sträuli, Kommentar zur zürcherischen ZPO § 316 N 1.

¹⁶⁹ vgl. § 7 Ziff. III.

der Revision angefochten wird. Die Wiederaufnahme des Prozesses kann unter Umständen aber zu einem Konflikte führen, nämlich dann, wenn sich nach der Eheauflösung die eine Partei wieder verheiratet hat. Es fragt sich in einem solchen Fall, ob im Revisionsverfahren die erste Ehe wiederhergestellt werden kann, oder aber die zweite Ehe aufrecht erhalten bleibt. Literatur und Rechtsprechung¹⁷⁰ vertreten einstimmig die Auffassung, dass die nach der Auflösung neu geschlossene Ehe als gültig zu betrachten sei, da ein Wiederaufleben der ersten Ehe zur Bigamie führen müsste, was gegen die öffentliche Ordnung verstossen und dem schweizerischen Recht widersprechen würde. Bei Wiederverheiratung von einem der geschiedenen Ehegatten sind somit die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision hinsichtlich der Scheidung selbst ausgeschlossen¹⁷¹.

Zuzulassen ist ein Revisionsverfahren dagegen in Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung¹⁷², denn es geht nicht an, eine eventuell ungerechte Regelung der Ersatzansprüche nur darum aufrecht zu erhalten, weil über die Hauptsache selbst nicht mehr neu entschieden werden darf. Allerdings wird in einem solchen Verfahren die erste Ehe nicht wiederhergestellt, auch wenn sich vielleicht die Schuldfrage anders darstellt, sondern es kann sich lediglich um die Neuregelung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen handeln, sei es, dass dem Pflichtigen die Leistungen erlassen oder diese sogar dem ehemals Berechtigten auferlegt werden.

III. Die Berufung ans Bundesgericht

Bei Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges kann das Scheidungsurteil bezüglich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen

¹⁷⁰ Schwander S. 30, Hinderling S. 138, BGE 28 II 173; Gegenteilig hat der deutsche Bundesgerichtshof entschieden; vgl. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Bd. 8 (1953) S. 284 ff.

¹⁷¹ Leuch, Kommentar zu Art. 367 der bernischen ZPO N 3, schliesst die Revision auch ohne Wiederverheiratung dann aus, wenn die Eheauflösung bereits einige Zeit gedauert hat.

Ausdrücklich sind Nichtigkeitsbeschwerde und Revision ausgeschlossen nach Solothurn Art. 57 EG zum ZGB.

¹⁷² Schwander S. 30/31, Hinderling S. 138, SJZ 22 S. 67.

mit der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden. Auch hier stellt sich vor allem die Frage des Streitwertes als Berufungsvoraussetzung. In der Doktrin herrschen diesbezüglich recht verschiedene Auffassungen, indem einerseits ein genügender Streitwert gefordert wird¹⁷³, anderseits hingegen eine Berufung ohne Rücksicht darauf als zulässig erscheint¹⁷⁴. Unseres Erachtens sollte auch bei der Berufung ans Bundesgericht, aus denselben Gründen, die uns schon veranlasst haben, die kantonale rechtliche Berufung zuzulassen, von der Voraussetzung des Streitwertes abgesehen werden, denn auch noch vor Bundesgericht erscheint das Scheidungsurteil als ein einheitliches Ganzes¹⁷⁵. Aus einem Entscheid des Bundesgerichtes vom 9. November 1945¹⁷⁶ lässt sich entnehmen, dass eine Berufung mit Bezug auf die Unterhaltspflicht der Kinder unabhängig vom Streitwert zuzulassen ist, da die Regelung jener einen notwendigen Bestandteil des Scheidungsurteils darstellt, also des Entscheides über eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Diese Begründung darf wohl ohne Bedenken auch auf die übrigen vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen angewendet werden, sodass generell für alle Nebenfolgen vermögensrechtlicher Art eine Berufung ohne Rücksicht auf den Streitwert zuzulassen ist¹⁷⁷.

IV. Der Verzicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln

Der Verzicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln ist auch im Ehescheidungsprozess zulässig, sofern er erst nach der Urteilseröffnung erklärt wird¹⁷⁸. Ein vor der Urteilsfällung abgegebener

¹⁷³ Schwander S. 107 ff. fordert die Voraussetzung eines genügenden Streitwertes mit der Begründung, dass der Zusammenhang zwischen den Ersatzansprüchen und dem Eherecht nicht derart sei, dass jene aufhören würden, vermögensrechtliche Sachen zu sein.

¹⁷⁴ Grendelmeyer S. 156, Landolt S. 109.

¹⁷⁵ Grendelmeyer S. 156.

¹⁷⁶ BGE 71 II 205; vgl. auch BGE 78 II 291.

¹⁷⁷ SJZ 10 S. 76.

¹⁷⁸ BIZR 36 Nr. 192, 50 Nr. 155; SJZ 18 S. 360, 21 S. 336; Sträuli, Kommentar zur zürcherischen ZPO S. 447 Ziff. VIII; Schwander S. 29; Menzel S. 30 ff.; a. A. Guldener Bd. II S. 457 Ziff. 1 und S. 458 Anm. 83, insofern das Urteil auf Scheidung lautet.

Verzicht ist rechtlich bedeutungslos¹⁷⁹, da es sich in der Hauptsache um einen Prozessgegenstand handelt, der der freien Verfügung der Parteien entzogen ist.

Es bestehen wohl keine rechtlichen Bedenken, einen Rechtsmittelverzicht auch bezüglich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen nach der Urteilsfällung ohne weiteres zuzulassen. Wie steht es aber, wenn ein solcher Verzicht gegen eine erst auszufällende Entscheidung erklärt wird, sei es, im Laufe der Parteivorträge oder aber in einer dem Gericht zur Genehmigung vorgelegten Parteivereinbarung?

Keine Verbindlichkeit hat eine Verzichtserklärung betreffend der Unterhaltsansprüche der Kinder. Diese Nebenfolge ist grundsätzlich der Parteidisposition entzogen und daher einem Verzicht auf Rechtsmittel unzugänglich. Der Richter hat darüber von Amtes wegen zu entscheiden. So wie alle diesbezüglichen Parteierklärungen für ihn unverbindlich sind, hat auch ein Rechtsmittelverzicht keine Bedeutung.

Zulässig erscheint dagegen ein Rechtsmittelverzicht im Verlaufe des Prozesses, der sich nur auf die Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsansprüche des berechtigten Ehegatten sowie auf die güterrechtliche Auseinandersetzung bezieht¹⁸⁰. Diese ökonomischen Scheidungsfolgen unterliegen der freien Verfügung der Parteien. So wie es ihnen überlassen ist, diese Ansprüche dem Richter zur Regelung zu übertragen, muss ihnen auch das Recht zugestanden werden, während des Verfahrens gültig auf Rechtsmittel zu verzichten. Eine Ausnahme rechtfertigt sich aber dann, wenn das Scheidungsgericht feststellt, dass die eine Partei den Rechtsmittelverzicht in Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen damit erkaufte, dass sie dem Prozessgegner gewisse Zugeständnisse betreffend der Hauptsache selbst gemacht hat, um vielleicht die Scheidung zu ermöglichen. Eine solche Vereinbarung verstößt gegen die öffentliche Ordnung oder eventuell sogar gegen das Recht der Persönlichkeit und ist daher vom Richter als unzulässig zurückzuweisen, womit aber auch der erklärte Rechtsmittelverzicht seine Verbindlichkeit einbüsst.

¹⁷⁹ BIZR 12 Nr. 90 = SJZ 10 S. 258; Egger, Kommentar zu Art. 158 N 11.

¹⁸⁰ Schwander S. 29.

III. KAPITEL

VERFAHRENSGRUNDSÄTZE BEI DER ABÄNDERUNG EINES EHESCHIEDUNGSRURTEILS NACH ART. 153 ABS. 2 UND ART. 157 ZGB

§ 11. Die Zulässigkeit eines Abänderungsverfahrens bei Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse

I. Die provisorische Rechtskraft des Schei- dungsurteils bezüglich der Unterhaltsrente und der Elternrechte

Es entspricht allgemeiner Rechtsauffassung, dass das Urteil des Richters, sobald in Rechtskraft erwachsen, endgültig und verbindlich ist¹⁸¹. Dies gilt für das Ehescheidungsurteil aber nur in beschränktem Umfange, denn das ZGB sieht in Art. 153 Abs. 2 eine Abänderung bezüglich einer Unterhaltsrente vor und in Art. 157 eine solche der Elternrechte. Es handelt sich hier somit um eine gesetzliche Abweichung von den allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen. Die Rechtskraft der betreffenden Entscheidungen des Richters ist insofern eine nur provisorische¹⁸², als die richterlichen Anordnungen von Gesetzes wegen nur bei gleichbleibenden Verhältnissen, also unter der *clausula rebus sic stantibus*¹⁸³, ihre Gültigkeit haben und nur solange bis zur rechtskräftigen Neuregelung im Abänderungsurteil.

¹⁸¹ vgl. Guldener, Bd. I S. 251 ff.

¹⁸² BGE 39 II 21, BlZR 12 Nr. 91, SJZ 16 S. 110, Leuch, Kommentar zu Art. 192 der bernischen ZPO N 11a; a. A. Michel S. 32, v. Wyss in SJZ 14 S. 68 ff.; unklar Wäsch S. 44.

¹⁸³ Egger, Kommentar zu Art. 157 N 1; vgl. auch Michel S. 33, Landolt S. 84; a. A. Wäsch S. 42.

II. Die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse

Die Zulässigkeit eines Abänderungsverfahrens ergibt sich von Gesetzes wegen immer dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse sich derart verändert haben, dass sie eine andere Beurteilung der Streitsache herbeigeführt haben würden, wenn sie sich schon zur Zeit der Urteilsfällung so dargestellt hätten¹⁸⁴.

Der Art. 153 Abs. 2 ZGB nennt als Gründe für eine Abänderung einer aus Bedürftigkeit zugesprochenen Unterhaltsrente die nicht mehr oder nur noch vermindert bestehende Bedürftigkeit des Berechtigten sowie die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Pflichtigen. Auch der Art. 157 ZGB bezeichnet Gründe, die ein Abänderungsverfahren rechtfertigen. Es sind dies Heirat, Wegzug oder Tod eines der Eltern. Daneben werden im Gesetz aber auch „andere Gründe“ vorgesehen. Bei den uns hier vor allem interessierenden Unterhaltsbeiträgen der Kinder dürften als weitere Abänderungsgründe die Verschlechterung der finanziellen Lage des Verpflichteten und die Erhöhung der Kosten für den Lebensunterhalt des Berechtigten in Frage kommen¹⁸⁶.

Ganz allgemein ist somit festzuhalten, dass nur eine erhebliche tatsächliche Veränderung der Verhältnisse ein Abänderungsverfahren rechtfertigt¹⁸⁶.

§ 12. Die formellen Voraussetzungen für ein Abänderungsverfahren

Das Abänderungsverfahren nach Art. 153 Abs. 2 und Art. 157 ZGB setzt voraus, dass das Scheidungsurteil in Rechtskraft erwachsen ist¹⁸⁷. Es dürfen im Abänderungsverfahren nur Veränderungen geltend gemacht werden, die sich seit dem Erlass des Scheidungsurteils ergeben haben¹⁸⁸, nicht aber solche, die schon

¹⁸⁴ Michel S. 32; vgl. auch Wäsch S. 50 ff.

¹⁸⁵ Michel S. 44 ff., Landolt S. 88/89.

¹⁸⁶ Egger, Kommentar zu Art. 157 N 4 und zu Art. 153 N 6, Michel S. 36, Hinderling S. 96 und S. 107, Wäsch S. 51.

¹⁸⁷ Michel S. 33, v. Wyss in SJZ 14 S. 69.

¹⁸⁸ Egger, Kommentar zu Art. 157 N 3.

während des Verfahrens bestanden, aber von den Parteien nicht vorgebracht oder nicht erkannt worden sind. Das Abänderungsverfahren unterscheidet sich somit wesentlich von einer Urteilsrevision¹⁸⁹. Während diese darauf ausgeht, eine neue Entscheidung auf verbesserter Grundlage, gestützt auf Tatsachen, die schon zur Zeit der Urteilsfällung bestanden haben, herbeizuführen, geht die Abänderung dahin, denjenigen Veränderungen Rechnung zu tragen, die erst nachträglich eingetreten sind. Tritt eine Veränderung der Verhältnisse noch während des Prozesses ein, so haben die Parteien die Möglichkeit, diese noch im Verlaufe des Verfahrens in der Hauptsache geltend zu machen¹⁹⁰.

Ein Abänderungsverfahren ist auch nicht möglich, wenn das Scheidungsurteil über die Unterhaltsrente oder die Elternrechte nichts aussagt¹⁹¹, denn wenn im Urteil keine Regelung getroffen wurde, können die betreffenden Punkte nicht in Rechtskraft erwachsen, und es ist daher auch deren Abänderung nicht möglich. In einem solchen Fall liegt eine Urteilsücke vor, die in einem Nachverfahren behoben werden muss.

Für das Abänderungsverfahren ist es ohne Bedeutung, ob der Richter die Beurteilung der abzuändernden Scheidungsnebenfolgen selbst vorgenommen hat, oder ob deren Regelung auf gerichtlich genehmigter Parteivereinbarung beruht, denn beide Formen sind grundsätzlich integrierender Bestandteil des Scheidungsurteils und dürfen daher auch bezüglich eines Abänderungsverfahrens nicht verschieden behandelt werden¹⁹².

Als weitere Voraussetzung für ein Abänderungsverfahren ist auch das Begehren eines Ehegatten oder im Falle des Art. 157 ZGB eventuell der Vormundschaftsbehörde auf Abänderung anzusprechen. Das Abänderungsverfahren wird nicht von Amtes wegen erhoben¹⁹³. Das Gesetz gibt den Parteien wohl einen Abänderungsanspruch, wenn sich die Verhältnisse seit der Urteilsfällung verändert haben, stellt es im übrigen aber ihnen anheim, ob sie diesen Anspruch gerichtlich geltend machen wollen oder nicht. Solange kein Abänderungsbegehren beim Gerichte rechtshängig

¹⁸⁹ SJZ 34 S. 327.

¹⁹⁰ v. Wyss in SJZ 14 S. 69.

¹⁹¹ Egger, Kommentar zu Art. 157 N 1, Michel S. 34, vgl. auch § 9 oben.

¹⁹² Egger, Kommentar zu Art. 153 N 6, Brandenburger S. 31, Michel

S. 33, Hartmann S. 53, v. Wyss in SJZ 14 S. 69, SJZ 26 S. 28.

¹⁹³ Gmür, Kommentar zu Art. 153 N 15, Michel S. 75, Wäsch S. 50.

und darüber nicht rechtskräftig entschieden ist, bleibt es nach wie vor und trotz des Abänderungsanspruches, der weder vom Willen der Parteien noch von demjenigen des Richters abhängt¹⁹⁴, bei der Regelung dieser Nebenfolgen im Scheidungsurteil.

§ 13. Der Gerichtsstand für die Abänderungsklage

Das ZGB stellt für das Abänderungsverfahren keine Gerichtsstandsnorm auf. Es bestimmt weder in Art. 153 Abs. 2 noch in Art. 157 den kompetenten Richter. Lange Zeit herrschten denn auch Zweifel, ob der ehemalige Scheidungsrichter, der Richter am Wohnsitze des Klägers oder derjenige am Wohnsitze des Beklagten zur Anhandnahme der Abänderungsklage zuständig sei. Einige Kantone stellten in ihren Einführungsgesetzen zum ZGB, gestützt auf Art. 64 Abs. 3 BV, Gerichtsstandsbestimmungen in Bezug auf das Abänderungsverfahren auf¹⁹⁵. Die Lösungen waren aber so unterschiedlich, dass sich Kompetenzkonflikte nicht vermeiden liessen, insbesondere dann, wenn es sich um interkantonale Verhältnisse handelte.

Infolge der herrschenden Rechtsunsicherheit und zur Vermeidung weiterer Konflikte sah sich das Bundesgericht gezwungen, den Gerichtsstand zwingend vorzuschreiben. So bestimmte es im Jahre 1916¹⁹⁶ bei interkantonalen Fällen den Gerichtsstand am Wohnsitze des Beklagten und erklärte diesen im Jahre 1920¹⁹⁷ auch innerkantonal als verbindlich¹⁹⁸. Für diesen Gerichtsstand sprechen folgende Gründe¹⁹⁹: Die Zuständigkeit des ehemaligen

¹⁹⁴ Michel S. 33.

¹⁹⁵ Zürich 12 EG, Solothurn 60 EG, St. Gallen 69 EG, Thurgau 42 EG; vgl. dazu Landolt S. 103, Michel S. 67.

¹⁹⁶ BGE 42 I 330 ff.

¹⁹⁷ BGE 46 II 333 ff.; vgl. auch ein Kreisschreiben der Justizdirektion des Kt. Zürich vom 10. 10. 1925 in SJZ 22 S. 201.

¹⁹⁸ Das Bundesgericht bestimmte ausdrücklich nur den Gerichtsstand für die Abänderungsklage nach Art. 157 ZGB; dieser ist aber auch anzunehmen für eine Abänderung nach Art. 153 Abs. 2 ZGB, denn es sprechen dafür die gleichen Gründe; vgl. dazu Egger, Kommentar zu Art. 153 N 7, Gmür, Kommentar zu Art. 153 N 15, Rossel et Mentha, Bd. I S. 268/269, Hartmann S. 54, Brandenberger S. 74/75, SJZ 24 S. 218 = ZBJV 63 S. 573, SJZ 36 S. 239, Wäsch S. 35.

¹⁹⁹ vgl. BGE 42 I 330, 46 II 333, Michel S. 67 ff., Landolt S. 101 ff., Hartmann S. 54 ff., Grendelmeyer S. 154, Wäsch S. 34 ff., Seeger in ZSR

Scheidungsrichters liesse sich nur dann begründen, wenn das Abänderungsverfahren eine Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses darstellen würde. Ein solches Wiederaufleben setzt aber einen prozessualen Zusammenhang der beiden Verfahren voraus. Wohl besteht ein gewisser Zusammenhang zwischen der Scheidung und der Abänderung, nämlich insofern, als es ohne Auflösung der Ehe auch zu keiner Unterhaltsrente für den bedürftigen Ehegatten und zu keiner Regelung der Elternrechte gekommen wäre, und folglich gäbe es auch keine Abänderung. Dieser Zusammenhang ist aber rein sachlicher Natur. Prozessual bestehen keinerlei Verbindungen. Der Scheidungsprozess hat mit rechtskräftiger Erledigung sein Ende gefunden. Das Abänderungsverfahren stellt somit ein neues Verfahren dar. Dies geht schon daraus hervor, dass in beiden Prozessen der Klagegrund verschieden ist. Im Scheidungsprozess ist Klagegrund das Verhältnis zwischen den Ehegatten, im Abänderungsverfahren dagegen die Veränderung der Verhältnisse seit Erlass des Scheidungsurteils. Aber auch die Rechtsbegehren sind nicht die gleichen. Während im Scheidungsverfahren das Begehren auf Auflösung der Ehe geht und auf Zusprechung gewisser finanzieller Leistungen und auf Regelung der Elternrechte, geht im Abänderungsverfahren das Begehren auf Neuregelung der Unterhaltsrente oder der Elternrechte. Die Nebenfolgen, die im früheren Prozess als Akzessorium behandelt wurden, werden im neuen Verfahren zum alleinigen Prozessgegenstand.

Aber auch keine praktischen Bedürfnisse sprechen für die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters²⁰⁰. Er kennt die neuen Verhältnisse so wenig wie jeder andere Richter. Es muss daher in jedem Fall ein neues Beweisverfahren durchgeführt werden. Ebenso wenig hält die Begründung stand, der Scheidungsrichter, der Einblick in die Verhältnisse der Ehegatten hatte, könne am besten beurteilen, ob sich diese seit der Eheauflösung geändert haben, denn bei der Häufigkeit der Scheidungsprozesse dürfte es schwierig sein, sich an Einzelheiten zu erinnern. Dies bedingt aber, dass sich der ehemalige Scheidungsrichter durch Akteneinsicht wiederum die nötigen Kenntnisse verschafft, was aber jeder andere Richter auch tun kann, um die notwendigen Grundlagen zu er-

NF 48 S. 214a ff., Kantonsgericht St. Gallen in SJZ 28 S. 39; a. A. Stauffer, Diss. S. 52 ff., Schwander S. 115.

²⁰⁰ A. A. Appellationshof des Kt. Bern in SJZ 12 S. 290.

halten. Schliesslich ist noch zu beachten, dass keine Gewähr besteht, dass überhaupt noch der gleiche Richter, der über die Scheidungsklage geurteilt hat, im Amte ist.

Gestützt auf die Auffassung, dass das Abänderungsverfahren einen neuen Prozess darstelle, hat das Bundesgericht die Zuständigkeit des ursprünglichen Scheidungsrichters verneint und jegliche kantonale Gerichtsstandsbestimmung, welche auf der Einheit von Abänderungsbegehren mit dem Scheidungsprozess beruht, als bundesrechtswidrig erklärt²⁰¹. Es lehnte aber auch den Gerichtsstand des Klägers nach Art. 144 ZGB mit der Begründung ab, dass keine sachlichen Gründe vorlägen, die eine Ausdehnung der Sondergerichtsstandsnorm für die Scheidungsklage rechtfertigen würden²⁰². Dies ist insofern richtig, wenn man bedenkt, dass der Gerichtsstand in Art. 144 ZGB zur Begünstigung des Scheidungsklägers aufgestellt wurde²⁰³. Beim Abänderungsverfahren zwingen aber keine Gründe dazu, den Kläger irgendwie zu begünstigen. Somit verbleibt aber nur noch der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten.

Die eindeutige Regelung der örtlichen Zuständigkeit durch das Bundesgericht wurde aber nicht überall ohne Kritik aufgenommen²⁰⁴. So erhoben sich in Doktrin und Praxis vor allem dort Zweifel bezüglich der Zweckmässigkeit des Gerichtsstandes des Beklagten, wo derselbe seinen Wohnsitz im Ausland hat²⁰⁵. Mit Recht wird geltend gemacht, dass es einer unbilligen Rechtsverfolgung gleichkommen würde, müsste der Kläger einen nach der Scheidung aus der Schweiz ausgezogenen Beklagten an seinem ausländischen Wohnsitz prozessual verfolgen²⁰⁶. Das Bundesgericht hat aber auch diese Bedenken in einem Entscheid vom 13. Mai 1925²⁰⁷ beseitigt, indem es für die Klage auf Abänderung von Scheidungsnebenfolgen gegen einen im Ausland wohnenden Beklagten den Wohnsitzrichter des Klägers als zuständig erklärt²⁰⁸.

²⁰¹ BGE 46 II 338 = SJZ 17 S. 199.

²⁰² BGE 42 I 335, 46 II 338; a. A. Obergericht des Kt. Solothurn in SJZ 12 S. 267, Appellationshof des Kt. Bern in SJZ 12 S. 290.

²⁰³ Michel S. 70, Hartmann S. 57.

²⁰⁴ vgl. Seeger in ZSR NF 48 S. 216a.

²⁰⁵ Stauffer, Diss. S. 52/53, Obergericht des Kt. Solothurn in SJZ 20 S. 197, Kantonsgericht des Kt. St. Gallen in SJZ 20 S. 119.

²⁰⁶ Obergericht des Kt. Solothurn in SJZ 20 S. 197.

²⁰⁷ BGE 51 II 108 ff., vgl. auch BGE 61 II 226 ff.

²⁰⁸ So auch Obergericht des Kt. Zürich in SJZ 40 S. 86.

Zur Begründung führt es unter anderem aus: „Es berührt seltsam, dass die Justizhoheit eines Staates, dessen Gerichte ein Urteil erlassen haben, vor der Justizhoheit eines fremden Staates zurücktreten soll, wenn über die Frage der Abänderung jenes Urteils zu entscheiden ist. Gewähr besteht nicht, dass der Anspruch auf Abänderung des Urteils am ausländischen Wohnort der beklagten Partei überhaupt verfolgt werden kann, dies besonders in Staaten, wo die Scheidung verpönt oder die nachträgliche Abänderung ausgeschlossen ist. Dies könnte auf eine Kürzung der Klagepartei in ihren Rechten hinauslaufen. Durch Wegzug in ein solches Land, wäre es sogar möglich, den einen Ehegatten um den Anspruch auf Urteilsänderung zu bringen“²⁰⁹. Gegen die Zuständigkeit des Wohnsitzrichters der beklagten Partei spricht also vor allem die Gefahr der Rechtlosigkeit des Klägers. Es liegen somit erhebliche sachliche Gründe vor, die es rechtfertigen, vom allgemeinen Gerichtsstand abzusehen. Die gleichen Argumente, die bei Wohnsitz des Beklagten in der Schweiz die Zuständigkeit des Wohnsitzrichters des Beklagten begründen, lassen es als zweckmässig erscheinen, bei Wohnsitz des Beklagten im Ausland, den Richter am Wohnsitze des Klägers als zuständig zu erklären²¹⁰.

§ 14. Der äussere Gang des Abänderungsverfahrens

Der äussere Gang des Abänderungsverfahrens richtet sich nach den kantonalen Prozessgesetzen. Die zürcherische Zivilprozessordnung lässt erkennen, dass das Abänderungsverfahren im Kanton Zürich nicht nach den für den ordentlichen Zivilprozess geltenden Grundsätzen durchgeführt wird, sondern in einem einfacheren Verfahren²¹¹. So geht aus § 258 Ziff. 2 der zürcherischen ZPO hervor, dass das Abänderungsbegehren als schriftliche Eingabe direkt an das zuständige Bezirksgericht gerichtet werden kann, ohne dass vorgängig ein Sühnverfahren vor dem Friedensrichter stattgefunden hat. Es liegt im Ermessen des Gerichtes zu bestimmen, ob eine mündliche Verhandlung angesetzt werden soll,

²⁰⁹ BGE 51 II 109/110.

²¹⁰ Michel S. 74, Stauffer in SJZ 23 S. 161 ff., Wäsch S. 38 ff.

²¹¹ vgl. v. Wyss in SJZ 14 S. 68 ff., Grendelmeyer S. 150.

oder ob nur schriftlich zu verhandeln ist²¹². Über das Abänderungsbegehren wird nicht durch Urteil, sondern mit Beschluss entschieden. Dies ist insofern von Bedeutung, als dagegen nicht die Berufung, sondern nach § 334 Ziff. 6 ZPO der Rekurs zulässig ist. Nach zürcherischem Recht handelt es sich also beim Abänderungsverfahren weder um ein ordentliches noch um ein summarisches Verfahren, sondern um ein Sonderverfahren, das vom zürcherischen Gesetzgeber äusserst frei gestaltet wurde²¹³.

§ 15. Die Rechtsmittel

Der im Abänderungsverfahren gefällte Entscheid des Richters kann grundsätzlich mit allen ordentlichen und ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln angefochten werden²¹⁴.

Als Besonderheit zeigt sich nach § 334 Ziff. 6 der zürcherischen Zivilprozessordnung, dass den Parteien im Kanton Zürich als vollkommenes Rechtsmittel der Rekurs zur Verfügung gestellt wird. Eine Berufung kommt hier darum nicht in Frage, weil diese von der Urteilsform abhängig gemacht wird, das Gericht über das Abänderungsbegehren aber durch Beschluss entscheidet²¹⁵.

Bei Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges kann der Entscheid über das Abänderungsbegehren mit der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden. Auch wenn formell durch Beschluss entschieden wird, ist die Berufung doch zuzulassen, denn materiell handelt es sich um eine Endentscheidung im Sinne von OG 48²¹⁶. Für das Bundesgericht ist es ohne Bedeutung, ob die Entscheidung nach kantonalem Recht als Urteil, Beschluss oder Verfügung bezeichnet wird. Es erhebt sich hier noch die Frage, ob als Voraussetzung für die Berufung der Streitwert von Fr. 4 000.— (OG 46) gegeben sein muss. Die Antwort muss hier ein-

²¹² v. Wyss in SJZ 14 S. 68 ff.

²¹³ Dieses Verfahren findet auch Anwendung bei der Abänderung von Vaterschaftsurteilen (§ 271 ZPO) sowie bei der Behandlung vorsorglicher Massnahmen (§ 258 Ziff. 1 ZPO).

²¹⁴ Grendelmeyer S. 154/155, Landolt S. 108.

²¹⁵ Grendelmeyer S. 155.

²¹⁶ BGE 39 II 174 Erw. 1, Grendelmeyer S. 156, Landolt S. 109, Sträuli, Kommentar zu § 258 der zürcherischen ZPO N 10; vgl. auch Birchmeier a. a. O. S. 159 ff.

deutig zu Gunsten des Streitwertes ausfallen²¹⁷. Wie oben²¹⁸ ausgeführt, handelt es sich beim Abänderungsverfahren nicht um ein Wiederaufleben des Scheidungsprozesses, sondern um ein von diesem gänzlich losgelöstes neues Verfahren. Die Voraussetzung des genügenden Streitwertes lässt sich daher nicht mit der Begründung der Einheitlichkeit des Scheidungsurteils und den sich daraus ergebenden Konsequenzen ausschalten²¹⁹. Im Gegensatz zum Scheidungsprozess stellt das Abänderungsverfahren in Bezug auf eine Bedürftigkeitsrente nach Art. 153 Abs. 2 oder eine Unterhaltsrente für die Kinder nach Art. 157 ZGB einen Prozess rein vermögensrechtlicher Natur dar, so dass für die Berufung genau dieselben Voraussetzungen gegeben sein müssen wie für jeden andern Prozess vermögensrechtlicher Art. Eine Ausnahme rechtfertigt sich höchstens dann, wenn ein Entscheid bezüglich der Abänderung der Kinderzuteilung mit der Berufung ans Bundesgericht weitergezogen wird. Es scheint in einem solchen Fall richtig, auch eine Berufung gegen die Beitragspflicht ohne Rücksicht auf den Streitwert zuzulassen, denn der Abänderungsbeschluss muss hier als ein einheitliches Ganzes betrachtet werden und ist vorwiegend nicht vermögensrechtlicher Natur.

²¹⁷ Grendelmeyer S. 156/157, Wäsch S. 34.

²¹⁸ vgl. § 13.

²¹⁹ Grendelmeyer S. 156.

Curriculum vitae

Am 21. September 1927 in Zürich geboren, besuchte ich die Primarschule in Dübendorf/ZH und anschliessend das Unter- und Realgymnasium der Kantonsschule Zürich, wo ich im Jahre 1947 die Maturität Typus B erwarb. Im Herbst 1947 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und schloss meine Studien am 19. Juni 1954 mit dem mündlichen Doktorexamen ab.

